Die vorbeugende Unterlassungsklage

des modernen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Kurt Neumann
Gerichtsreferendar aus Crefeld.

Marburg 1929
Buchdruckerei von Joh. Hamel.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. Dezember 1927.

Berichterstatter: Prof. Dr. Jung.

Disposition.

Einleitung.

Wir unterscheiden drei Arten des Rechtszwangs: den Erfüllungszwang, den Ersatzzwang und den Strafzwang. Die beiden ersten sind ausgleichender Natur, nur die letzte hat auch vorbeugenden Charakter d. h. der Strafzwang dient auch der Verhinderung von Straftaten. Im Privatrecht gibt es den vorbeugenden Rechtszwang ausdrücklich nur in den einzelen Fällen, in denen an einen bestimmten Tatbestand die Unterlassungsklage geknüpft ist. Dieser ausdrücklich gewährte vorbeugende Rechtsschutz hat sich als unzureichend erwiesen. Wissenschaft und Rechtsprechung sind daher seit einiger Zeit bemüht, einen umfassenderen vorbeugenden Rechtsschutz durch ausgedehnte Anwendung der Unterlassungsklage zu konstruieren. Der Untersuchung über die hier gegebenen Möglichkeiten ist die nachfolgende Abhandlung gewidmet.

I. Die Natur des Unterlassungsanspruches.

§ 1. Der Begriff der Unterlassung, die Unterlassungspflicht und die Rechtsnorm, welche die Unterlassung gebietet . . . . S. 14

Um das Wesen der Unterlassungsklage zu verstehen, müssen wir uns zunächst Klarheit über die Begriffe der Unterlassung, Unterlassungspflicht und Unterlassungsnorm verschaffen. Wir kommen dabei zu dem Ergebnis:

1. Unterlassung ist ein Nichttun.

2. Die Unterlassungspflicht ist die Rechtspflicht zu einem Nichttun.

3. Die eine Unterlassung gebietende Norm ist das auf Willensbestimmtheit gerichtete Verbot eines Tuns.

§ 2. Unterlassen und Dulden . . . . S. 20

Wir unterscheiden 2 Arten von Unterlassungen: die reine Unterlassung und das Dulden. Beide Arten bestehen in einem bloßen Nichttun und unterscheiden sich nur in den Voraussetzungen.

§. 3. Reine, kombinierte, sekundäre Unterlassungspflichten . . . . S. 22

Wir unterscheiden Pflichten, die nur auf eine Unterlassung gehen, dies sind reine Unterlassungspflichten, und Pflichten, die u. a. auch auf Unterlassung gehen. Letztere sind kombinierte Unterlassungspflichten dann, wenn sie selbstständig geltend gemacht werden können, im anderen Falle handelt es sich um sekundäre Unterlassungspflichten.

§ 4. Einmalige, wiederkehrende, dauernde Unterlassung . . . . S. 24

Nur die dauernde Unterlassung kommt für die vorbeugende Unterlassungsklage in Frage.

II. Die materielle Rechtsgrundlage der vorbeugenden Unterlassungsklage . . . . . S. 25

Da eine Klage ein materielles Recht voraussetzt, müssen wir unser Privatrecht daraufhin untersuchen, ob darin über die ausdrücklich erwähnten hinaus, Unterlassungsansprüche zum Ausdruck kommen.

§ 1. Die Rechtssprechung des Reichgerichts . . S. 27

Das Reichsgericht ist der Ansicht, daß in den §§ 823 ff. BGB. dem Sinne nach Unterlassungsansprüche enthalten seien, denen auch die Klagemöglichkeit gegeben werden müsse. Diese Ansicht kann deshalb nicht richtig sein, weil Grundlage der Unterlassungsklage nur ein Recht sein kann, der Unterschied der §§ 823 Abs. 1. u. Abs. 2 BGB. aber ergibt, daß die in §§ 823 behandelten „rechtlich geschützten Interessen" keine Rechte sind.

Das Reichsgericht identifiziert daher Recht und rechtlich geschütztes Interesse.

§ 2. Die Konstruktion Eltzbachers . . . S. 37

Eltzbacher geht davon aus, daß die analoge Anwendung der Unterlassungsklage der §§ 12, 1004 BGB. auf subjektive Privatrechte möglich sei. In seiner Definition des subjektiven Privatrechts: „Ein Recht ist die Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes Willen andere einschränkt" macht Eltzbacher auch den Fehler der Identifizierung von Recht und rechtlich geschütztem Interesse.

§ 3. Der Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung . . . . S. 42

Bromm ist der Ansicht, zur analogen Anwendung der Unterlassungsklage sei dann kein Recht auf Unterlassung nötig, wenn man nur § 862 BGB. zur analogen Anwendung heranziehe, da der Besitz kein Recht sei. § 862 ist aber eine Ausnahmevorschrift und daher nicht analog anwendbar. Es gibt keine Möglichkeit, aus der unerlaubten Handlung als solcher einen Unterlassungsanspruch zu konstruieren.

§ 4. Die Ableitung der Unterlassungsklage aus § 249 BGB. . . . . S. 44

Oertmann konstruiert eine Unterlassungsklage als Wiederherstellungsklage nach § 249 BGB. Dies ist nur bei Dauerdelikten möglich, da nur hier durch Unterlassung der frühere Zustand wiederhergestellt werden kann. Diese Konstruktion entspricht in ihrem Umfang nicht dem Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz.

§ 5. Die Theorie Hellwig's . . . . S. 48

Hellwig nimmt keine materielle Erweiterung der Unterlassungsansprüche vor sondern ist der Ansicht, daß die Klagvoraussetzungen aller Unterlassungsklagen als Klagen auf „künftige

Leistung“ in § 259 ZPO. geregelt seien. § 259 ZPO. setze die entsprechenden Vorschriften des BGB. außer Kraft. Diese Ansicht ist nicht richtig, da die Voraussetzungen sämtlicher Unterlassungsklagen speziell geregelt sind, und eine solche Auslegung der Geschichte und dem Sinn des § 259 ZPO. nicht entspricht.

§ 6. Die Begründung der vorbeugenden Unterlassungsklage auf Grund des Persönlichkeitsrechts . . S. 53

Aus den vielen zum Schutze der Persönlichkeit, besonders aus § 823 Abs. 1 BGB., in welchem mehrere Attribute der Persönlichkeit den absoluten Rechten gleichgestellt werden, ergibt sich ein subjektiv-absolutes Persönlichkeitsrecht von beschränktem Umfange, nämlich soweit die Persönlichkeit im Gesetz geschützt ist. Auf dieses subjektiv absolute Persönlichkeitsrecht ist in analoger Auwendung der §§ 12, 1004 BGB. die Unterlassungsklage anzuwenden. Aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ergibt sich ein Recht am „eingerichteten und ausgeübten“ Gewerbebetrieb, sodaß hier auch in den Fällen der Verletzung eine Unterlassungsklage gegeben ist, in dem er das Gesetz sie nicht ausdrücklich gewährt. Aus § 1 UWG. ergibt sich bei sinngemäßer Interpretation, daß auch in dem allgemeinen Fall des § 826 BGB. ohne Konstruktion eines Ausschlußrechts die Unterlassungsklage zu gewähren ist.

III. Die einzelnen Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage . . . . . . S. 66

§ 1. Die erste Voraussetzung ist ein bereits abgeschlossener Eingriff in die Rechtssphäre des Verletzten. . S. 67

§ 2. Die Wiederholungsgefahr . . . S. 70

Die Wiederholungsgefahr muß eine objektive auf Tatsachen gegründete sein.

§ 3. Rechtswidrigkeit und Verschulden . . S. 73

Rechtswidrigkeit des Eingriffs ist Voraussetzung der Unterlassungsklage, nicht dagegen Verschulden. Wird durch Wahr-

nehmung berechtigter Interessen eine sonst rechtswidrige beleidigende Aeußerung rechtsmäßig, so kehrt sich in Ansehnung der Wahrheit der behaupteten Tatsachen zur Wiederherstellung der Rechtswidrigkeit die Beweislast um.

Das Rechtschutzbedürfnis ist auch in dem Fall gegeben, wo der rechtswidrige Eingriff unter eine Strafrechtsnorm fält. Bei richtiger Konstruktion der materiell-rechtlichen Grundlage läßt sich die Voraussetzung des „besonderen Rechtsschutzbedürfnisses" ganz vermeiden.

IV.

Die Durchsetzung des Unterlassungsurteils geschieht nach § 890 ZPO.

Literaturverzeichnis.

Lehrbücher und Kommentare.

Biermann, Bürgerliches Recht Berlin 1908.
Cosack, Lehrbuch des Bürg. Rechts Bd. 1 und 2.
Crome, System des Bürg. Rechts Bd. 1–3.
Dernburg, Bürgerl. Recht.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts.
Lindemann, Soergel, Komment. zum BGB.
Oertmann, " " "
Staudinger, " " "
RGR. Kommentar.

Abhandlungen:

von Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage. Festgabe für Güterbock S. 381–400.
Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe. Juristische Prinzipienlehre.
Dernburg, Privatrechtl. Schutz der Ehre J. W. 1905, S. 161 ff.
Duchesne, Der dingliche Anspruch auf Unterlassen. Sächs. Arch. f. Bürg. Recht Bd. 10 S. 684 ff.
Eltzbacher, Die Unterlassungsklage 1906. Handlungsfähigkeit nach Bürg. Recht Bd. 1.
Fischer, Recht und Rechtsschutz.
Fuld, Reklameplakate und Unterlassungsklage Arch. f. ö. Recht Bd. 22, S. 369 ff. Unterlassungsklage, Sächs. Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 12 S. 257 ff.
Gierke, Deutsches Privatrecht.
Hellmann, Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch, Jh. Jahrb. Bd. 31.
Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozesses, Anspruch und Klagerecht.
Hölder, Anspruch und Klagerecht, Busch Bd. 29, S. 50 ff. Anspruch und Einreden, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93, 1 f.
Ihering, Geist des Röm. Rechts, Bd. 3 S. 327 ff.
Isay, Das Recht am Unternehmen.
Langheineken, Anspruch und Einreden 1903.
Lau, Gruchoe, Bd. 47 S. 497ff.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürg. Recht 1906.
Lesser, Die Unterlassungsklage bei unerl. Handlung. Arch. f. Bürg. Recht Bd. 38 S. 102.
Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB. 1900.
v. Lippmann, Zur Frage der Unterlassungsklage Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 75. Jahrg. S. 125 ff.
v. Liszt, Deliktsobligationen.
Lobe, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung.
Mannhardt, Die Unterlassungsansprüche bei absoluten Rechten.
Mayer, Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen Busch Bd. 15 S. 477.
Neukamp, In Festschrift für Zitelmann 1913, S. 418 ff. J. W. 1915, S. 118 ff.
Oertmann, Unterlassungsanspruch aus unerlaubten Handlungen DJZ. 1904, S. 616 ff.
Salinger, In Gruchot 64, S. 272.
Schmitt, Unterlassungsklage und Strafverfolgung bei unlauterem Wettbewerb J.W. 1913, S. 669.
Staub, Die positive Vertragsverletzung.
Stephan, Die Unterlassungsklage.
Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung.
Thon, Rechtsnorm und subj. Recht.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse, Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 92, S. 1.
Windscheid Kipp, Lehrbuch des Pandekten Rechts Bd 37.

Dissertationen:

Jakobsohn, Die Unterlassungsklage 1912.
Rosenthal, Die Voraussetzungen der Unterlassungsklage 1916.
Béranger, Ueber die Ausdehnung der im BGB. gewährten Unterlassungsklagen, Mbg. 1923.
Bromm, Der Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung.

Zeitschriften.

Delius, Jur. W. 1913, S. 6.
Lehmann, „ 1919, S. 722.
Fuchs, „ 1908, S. 710.
Rosenthal, „ 1914, S. 1059; 1918, S. 133, 167; 1919, S. 142, 1920 S. 245.
Schmitt, Jur. W. 1913, S. 669.
Rosenthal, Leipz. Zeitg. f. deutsches Recht 1913, S. 899.
Salinger, „ „ „ 1919, S. 1856.

Einleitung.

Wenn wir unser Rechtssystem auf die Formen des Rechtszwanges durchforschen, so ergeben sich drei große Arten;[1] „der Erfüllungszwang, der Ersatzzwang und der Strafzwang."

Der Erfüllungszwang hat eine Leistungspflicht zur Voraussetzung und bedeutet die Möglichkeit, die Bewirkung dieser Leistung zu erzwingen.

Der Ersatzzwang tritt bei Verletzung eines Rechts oder Rechtsguts eines Anderen, oder einer dem verletzenden obliegenden vertraglichen oder gesetzlichen Pflicht ein, und besteht in der Erzwingbarkeit der Wiedergutmachung dieser Verletzung. Der Strafzwang endlich ist die Macht des Staates, über denjenigen eine Strafe zu verhängen, der die Voraussetzungen einer Strafrechtsnorm erfüllt. Nur der Strafzwang ist vorbeugender Natur, d. h. er dient u. a. der Hinderung des Eintritts eines bestimmten Erfolges in der Zukunft, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß dies nur *eine* Seite des Strafzwangs ist[2].

Die beiden anderen Arten des Rechtszwanges beschäftigen sich nur mit dem Ausgleich eines lediglich in der Vergangenheit liegenden, abgeschlossenen Tatsachenkomplexes. Eine Wirkung für die Zukunft ist ihnen weder eigen noch beabsichtigt. So dient der Erfüllungszwang dazu, die in der Vergangenheit zu bewirkende aber nicht bewirkte Leistung zu erzwingen (mit gewissen Ausnahmen, die dem Prinzip keinen Abbruch tun, vergl. §§ 257–259 ZPO.) und der Ersatzzwang dazu, für die in der Vergangenheit liegende Verletzung einer Rechtspflicht oder sonst

---

[1]) Ueber die zu verneinende Frage, ob Erzwingbarkeit notwendiges Begriffsmerkmal des Rechts ist vergl. Enneccerus, I § 28 II und die dort angeführte Literatur.

[2]) Vergl. die verschiedenen Theorien über den Zweck der Strafe.

für ein in der Vergangenheit liegendes, schadenstiftendes Ereignis, Schadenersatz zu erwirken.

Daneben kennt nun unser Rechtssystem in wesentlich beschränkterem Umfange den vorbeugenden Rechtszwang. Dieser tritt uns entgegen in der Form der Klage auf Unterlassung zukünftiger Beeinträchtigung eines Rechts oder zukünftiger Vornahme, bestimmter, in den einzelnen Gesetzen genau bezeichneter Handlungen. Nach § 1004 BGB. kann zum Beispiel der Eigentümer nach erfolgter Beeinträchtigung seines Eigentums, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung dieser zukünftigen Beeinträchtigungen klagen. Entsprechendes gilt für alle Sachenrechte, für Grunddienstbarkeiten § 1027, Nießbrauch § 1065, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten § 1090, Pfandrecht § 1227, Hypotheken und Grundschulden §§ 1194, 1192 und Reallasten § 1107 BGB. Dasselbe gilt auch für den Firmenträger entspr. nach § 37 Abs. 2 HGB. Ferner gilt dasselbe für den Besitzer, wenn er im Besitze durch verbotene Eigenmacht gestört wird nach § 862 Abs. 1 BGB. § 3 des Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb bestimmt: „Wer in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, die Herstellung oder die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen, über die Art des Bezuges oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs unrichtige Angaben tatsächlicher Art macht, welche geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen, kann auf Unterlassung der unrichtigen Angaben in Anspruch genommen werden. Aehnliche Ansprüche enthalten die §§ 3, 6, 13, 14, 15 u. 16. des Ges. g. u. W. Ferner sind derartige Unterlassungsansprüche enthalten in § 4 Pat. Ges., § 12 Warenz. Ges., § 4 GMH., § 1 MG. § 11 Lit. Ges., § 9 Verl. Ges. Allerdings sprechen eine Reihe dieser Vorschriften nicht von einer Klage auf Unterlassung §§ 12, 862, 1002, 1004 BGB., sondern nur von einem Anspruch auf Unterlassung, so §§ 1, 6, 8 Ges. g. u. W.,

aber es kann damit nichts anderes gemeint sein, als die Unterlassungsklage, was allein schon daraus hervorgeht, daß in § 13 gen. Gesetzes davon gesprochen wird, daß in den Fällen der §§ 1, 6, 8 Klage auf Unterlassung erhoben ist.

Ganz äußerlich betrachtet, haben alle obenerwähnten Vorschriften, in denen unser Privatrecht eine Unterlassungsklage gewährt, eine schädigende Handlung zur Voraussetzung und zwar eine solche, die entweder ein absolutes Recht eines Anderen verletzt (§§ 12, 1004 BGB.) oder sonst irgendeinen Schaden zuzufügen geeignet ist. (Muster-Gesetz § 1, Lit. Urh. Ges. § 11 usw.) und das Gesetz gibt dem Geschädigten oder Verletzten eine Klage gegen den Schädiger oder Störer auf Unterlassung dieser Handlungen in der Zukunft. Dabei knüpft das Gesetz die Unterlassungsklage streng an die in dem Gesetz näher bezeichneten Voraussetzungen und gewährt die Unterlassungsklage nur in einzelnen, genau bestimmten Fällen. Nirgends finden wir eine allgemeine Unterlassungsklage, etwa in der Art, daß die Unterlassungsklage in allen Fällen gegeben wäre, wo die Wiederholung einer zum Schadenersatz verpflichtenden Handlung in der Zukunft zu befürchten wäre. Indessen hat sich dieser gesetzlich fixierte, vorbeugende Rechtsschutz im Laufe der Zeit als unzureichend erwiesen. Die große Kompliziertheit des Wirschaftslebens der neuern Zeit brachte naturgemäß größere Gefährdungen und Möglichkeiten hierzu für den Einzelnen im Wirtschaftskampfe mit sich. Es enstand infolgedessen das Bedürfnis, nach einem leicht und schnell erreichbaren vorbeugenden Rechtsschutz, welches nur durch extensive Anwendung der Unterlassungsklage befriedigt werden konnte. Daher haben sich bald nach Erscheinen des BGB. in erster Linie das Reichsgericht, aber auch die Wissenschaft ernstlich bemüht, über den engbegrenzten gesetzlichen Rahmen hinaus, eine allgemeine Unterlassungsklage zu entwickeln. Es handelt sich dabei um das Problem, ob auch in den Fällen, in denen das Gesetz keine Unterlassungsklage gibt, unter ähnlichen Voraussetzungen einer zu befürchtenden schädigenden oder sonst verbotenen Handlung eine Unterlassungsklage zu gewähren ist.

z. B. kann ich meinen Beleidiger verklagen, mich in Zukunft nicht mehr zu beleidigen?, also die Beleidigung zu unterlassen. Kann ich meinen Hauswirt verklagen, in Zukunft meine Briefe nicht mehr unbefugt zu öffnen oder gar mir in Zukunft nicht mehr in unsittlicher Weise Schaden zuzufügen (§ 826 BGB.)?. Oder, um einen Fall zu bringen, der vom Reichsgericht entschieden worden ist: Kann ein Apotheker einen Drogisten auf Unterlassung des Verkaufs von Waren verklagen, die nach einer Verordnung vom 22. X. 1901 betr. den Verkehr mit Heilmitteln, entweder überhaupt nur oder nur als Heilmittel in Apotheken verkauft werden dürfen?[1]).

Kann von einem Ehegatten Klage auf Unterlassung ehebrecherischer Handlungen gegen den anderen Ehegatten und dessen Mitschuldigen erhoben werden?[2]). Oder kann ich den Verfasser eines Buches, das Behauptungen enthält, die geeignet sind, meinen Kredit zu schädigen, auf Unterlassungen weiterer Verbreitung dieser Behauptung verklagen?[3]). Von welcher Bedeutung das hier ausgeschnittene Problem ist, beweisen die zahlreichen hierüber ergangenen Reichsgerichtsentscheidungen und die große Beachtung, die es in der Literatur gefunden hat, abgesehen davon, daß unser natürliches modernes Rechtsempfinden nach einem weitgehenden vorbeugenden Schutz gegen rechtswidrige Eingriffe verlangt.

Aufgabe dieser Arbeit ist es nun zu untersuchen, ob die Konstruktion einer allgemeinen vorbeugenden Unterlassungsklage nach unserem Gesetz möglich ist, und welches die Voraussetzungen einer solchen Klage sind, wobei die verschiedenen Meinungen, die in der Literatur über dieses Problem bestehen und die Rechtssprechung des Reichsgerichts kritisch zu prüfen sind. Dabei ergibt sich die natürliche Einteilung der Behandlung des Themas in zwei große Abschnitte. Es sind zunächst die materiellen Grundlagen und dann die prozessualen Voraussetzungen einer allgemeinen vorbeugenden Unterlassungsklage zu untersuchen.

Es handelt sich bei der allgemeinen vorbeugenden Unter-

---

[1]) RGE. Bd. 77. S. 217.

[2]) RGE. Bd. 71, S. 85.

[3]) RGE. Bd. 60, S. 5.

lassungsklage um ein lediglich der modernen Rechtsentwicklung seit etwa 1900 angehöriges Problem, da das heutige Bedürfnis nach vorbeugenden Rechtsschutz Triebfeder und Maßstab ihrer Entwicklung ist. Eine historische Betrachtung der Entwicklung der einzelnen bisher im Rechtssystem vorhandenen Unterlassungsklagen gibt nicht die Geschichte der allgemeinen, vorbeugenden Unterlassungsklage und kann deshalb nicht wesentlich zum Verständnis dieser beitragen. Es ist deshalb auch eine historische Darstellung der Unterlassungsklagen bis etwa 1900 nicht erforderlich und auf dieselbe daher verzichtet worden. Diese ist übrigens bei Lehmann und Eltzbacher in guter Darstellung nachlesbar. Die geschichtliche Entwicklung der quasi negatorischen Klage ergibt sich aus der Abhandlung.

I. Die Natur des Unterlassungsanspruches.

Ehe wir uns der Prüfung des eigentlichen Kernpunktes unseres Problems zuwenden, müssen wir uns über die Natur und das Wesen der Unterlassung und des Unterlassungsanspruchs und über die verschiedenen Arten der Unterlassungen Klarheit verschaffen.

§ 1. Der Begriff der Unterlassung, die Unterlassungspflicht und die Rechtsnorm, welche die Unterlassung gebietet.

Der oberste Zweck des Rechts ist der, ein geordnetes Zusammenleben der Menschen zu ermöglichen. Der Mensch, als egozentrisch veranlagtes Wesen, strebt in erster Linie danach, seine eigenen Interessen und Bedürfnisse zu befriedigen, ohne Rücksicht auf die Interessen und Bedürfnisse seiner Mitmenschen. Da nun der Mensch ein soziales Wesen ist, also nicht für sich allein, sondern in Gemeinschaft mit anderen Menschen lebt und leben muß, so ergibt sich notwendigerweise, daß die Interessen und Handlungen der Menschen einander widerstreben. Hier den Ausgleich zu schaffen und die widerstreben Handlungen in möglichst gerechter Weise in Einklang zu bringen, ist die Aufgabe der Rechtsordnung. Es gibt nun zwei Wege, auf denen die

Rechtsordnung diesen Zweck erfüllen kann. Entweder sie ermächtigt die Einzelnen zu allen Handlungen, die mit dem Zweck der Rechtsordnung in Einklang stehen, d. h. sie erlaubt dem Einzelnen ein bestimmtes Tun, oder sie geht den entgegengesetzten Weg, sie richtet Befehle an die Rechtssubjekte, d. h. sie gebietet oder verbietet. (Einen anderen Inhalt kann ein Befehl nicht haben). Nur auf letzterem Wege ist eine Rechtsordnung imstande, die überaus zahlreichen entgegenstrebenden Lebenserscheinungen in Einklang zu bringen. Will sie Konflikte der widerstrebenden Interessen verhindern, so muß sie die natürliche Freiheit der Menschen einschränken, in dem sie Befehle an sie richtet. An dieser natürlichen Freiheit des Handelns müssen wir festhalten. Wäre die Rechtsordnung erlaubender Natur, so müßte jede Handlung des Menschen erlaubt sein, was zur Folge hätte, daß, soweit die Handlungen erlaubt wären, die Rechtssubjekte ein subjektives Recht auf die Vornahme dieser Handlungen haben würden. Ein Recht zum Tun gibt es aber nicht; dies wird heute allgemein anerkannt. Es gibt nur eine natürliche Fähigkeit zum Handeln. Das Recht kann nur die Möglichkeit der ungestörten Ausübung dieser Fähigkeiten garantieren und das tut es dadurch, daß es „Andere verpflichtet, die Ausübung nicht stören [1]." Das Recht hat also imperativischen Charakter, eine Tatsache, die in neuerer Zeit immer mehr betont und nachgewiesen wird [2]). Wenn auch bei flüchtiger Betrachtung einzelne Vorschriften unseres Privatrechts erlaubenden Charakter zu haben scheinen, wie z. B. § 903 BGB.: „der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen, „so enthalten diese Normen doch nichts weiter, als das umschriebene Verbot, den

---

[1]) Lehmann, S. 21.

[2]) vergl. Schulz-Schaeffer, S. 51; Bierling: Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 7–31, 307–360; Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 1 ff.; Windscheid: Pandekten, S. 117; Hold v. Ferneck, S. 104; Eltzbacher: Handlungsfähigkeit, S. 49; Nikol-Speyer: Theorie des heutigen Rechts I. S. 140. A. A. Enneccerus I, § 27; Zitelmann: Intern. Priv.

Eigentümer an der Ausübung seines Rechts zu hindern. Das Gesetz bedient sich hier der anscheinend gewährenden Form, weil die Grenzen des zu respektierenden Rechts so am knappsten auszudrücken sind.

Halten wir an dem imperativischen Charakter des Rechts fest, so enthält das Recht nur Gebote und Verbote. Auf das rein äußere Verhalten hin betrachtet, geht das Gebot auf ein Tun und das Verbot auf ein Nichttun [1]).

Wollen wir nun den Begriff der Unterlassung definieren, so müssen wir zunächst die Frage klären, ob die Unterlassung ein Tun oder ein bloßes Nichttun ist. Folgende Beispiele mögen zur Erleichterung der Untersuchung dienen. Die Reisenden A. und B. haben zwei getrennte Reisebezirke. Wenn A. es unterläßt, den Bezirk des B. zu bereisen, so ist dies ein reines Nichttun. Wenn ich aber bei einer Operation trotz empfindlicher Schmerzen nicht schreie, so ist dies kein reines Nichttun, sondern zugleich auch ein Tun, nämlich ich unterdrücke die Schmerzenslaute. Dieses Tun ist aber ein inneres, von außen nicht notwendig sichtbares. Es ist die sich im Inneren vollziehende Unterdrückung einer Empfindung. Dieses Tun ist aber kein Tun, oder besser gesagt, keine Handlung im Rechtssinne [2]). Unter einer solchen ist die „gewollte oder doch voraussehbare Bewirkung eines äußeren Erfolges“ zu verstehen [3]). Es muß sich also um einen von außen sichtbaren Erfolg handeln. Dieser fehlt bei dem 2. Beispiel. Deshalb ist die Unterdrückung der Schmerzenslaute kein Tun in unserem Sinne, sondern ein Nichttun im Sinne des Nichtherbeiführens irgend eines Erfolges [4]). Unter der Unterlassung ist also die Nichtherbeiführung eines äußeren Erfolges

---

[1]) Lehmann S. 17.

[2]) Im Endergebnis gleich: Lehmann, S. 18. Anders Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 61.

[3]) Enneccerus: I. § 128, I.

[4]) Man wende nicht ein, hier sei doch ein Erfolg vorhanden, eben der, daß ich nicht schreie. Das ist lediglich ein durch Negation hervorgerufenes gedankliches Zerrbild.

zu verstehen [1]). Aehnlich definiert das Reichsgericht (RGE. Bd. 51, S. 314): „Die Verpflichtung zur Unterlassung wird dadurch erfüllt, daß der Verpflichtete die Handlung, zu deren Unterlassung er sich verpflichtet hat, nicht vornimmt, sich demnach in Beziehung auf sie untätig verhält. Auch der Sprachgebrauch dürfte diese Anschauung rechtfertigen. Wenn jemand etwas unterläßt, tut er es eben nicht. Halten wir an dieser Definition der Unterlassung fest, so kann die Rechtspflicht der Unterlassung, unseren obigen Ausführungen zufolge, nur durch ein Rechtsverbot auferlegt werden. Allerdings nur bei einer Betrachtung von außen. Es könnte streitig sein, ob vom Standpunkte der inneren Wahrnehmung das Rechtsverbot als Gebot der Unterlassung aufgefaßt werden könnte [2]). Die Klärung dieser Frage ist zur Erkenntnis des Wesens der Unterlassungspflicht erforderlich.

Noch vor Inkraftreten des BGB. definierten Gerber (Beiträge zur Lehre vom Klaggrund und der Beweislast S. 37 ff.) und Maxen (Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen 1861, S. 200—210) die Unterlassungspflicht als die Pflicht, auf die Ausübung eines Rechts Verzicht zu leisten. Die Irrigkeit dieser Anschauung ist leicht nachzuweisen. Da man jedes beliebige Tun unterlassen kann, müßte, wenn man auf ein Recht zu diesem Tun verzichten wollte (nur auf Rechte kann man verzichten) ein Recht zu diesem Tun bestehen. Es gibt aber kein allgemeines Recht zu einem Tun. Wie sollte man übrigens den absoluten Rechten gegenüber auf das Recht zu einem Tun verzichten? [3]). Die Rechtspflicht der Unterlassung kann vielmehr nur durch das Verbot eines Tuns auferlegt werden. Durch dieses Rechtsverbot kann nun ein Doppeltes verlangt werden: Entweder es wird verlangt, daß das

---

[1]) Oertmann, Schuldverh. 1910, § 241, 2a: Thon § 200; Lehmann S. 208 ff.; Kretschmar: Erfüllung S. 137, 141, vergl. auch Kohler Iher, Jahb. 17, S. 263. Endemann. III, S. 407, Anm. 5; Stephan, S. 46.

Diese Definition dürfte genauer sein als die von Hölder Kommentar. Allg. Tl. § 194, Nro. 2; Ihr. Jahrb. 46, S. 296, der unter der Unterlassung die Nichtänderung eines bestehenden Zustandes versteht. Diese Ansicht wird mit Recht von Lehmann S. 98 bekämpft.

[2]) Lehmann S. 17.

[3]) vergl. Lehmann S. 21.

Nichttun gewollt werde [1]), oder, daß das Untersagte nicht getan werde [2]). Letzterer Ansicht ist Thon. Er führt aus, daß wenn sich das Rechtsverbot an den Willen des Unterlassungsschuldners wende, dieser immer den Unterlassungswillen haben müsse, was zumal bei den absoluten Rechten, die Verpflichtung des Schuldners bis zum Unerträglichen steigern würde. Deshalb könne die Rechtspflicht zur Unterlassung, als „Verbot der Handlung", nur so aufgefaßt werden, daß das Untersagte nicht getan werde.

Allerdings wären die Konsequenzen der von Thon bekämpften Auffassung unannehmbar, wenn sie sich wirklich mit Notwendigkeit ergeben würden. Hier ist Thon ein Irrtum unterlaufen. Er dehnt nähmlich, wie Lehmann richtig ausführt, den Geltungsbereich der Verbote zu weit aus. [3]) Lehmann begründet das folgendermaßen: Das objektive Recht könne sich auf 2 Arten auswirken. Einmal, indem die dem Rechte Unterworfenen sich freiwillig auf die vorgeschriebene Weise verhalten, oder, was die Unterlassung angeht, alle möglichen Unterlassungen beobachten, weil ihnen auch nur die Vorstellung der Möglichkeit einer Handlung fehle. Hier wirke das Recht nicht als Befehl, sondern als subjektive Macht. Als Befehl wirke es erst dann, wenn es den Widerstrebenden zum rechten Verhalten motiviere. Solange man unterlasse, bleibe man mit dem Recht völlig im Einklang, gleichgültig aus welchen Motiven man unterlasse. Wo das Recht aber als Befehl auftrete, könne es keinem Zweifel unterliegen, daß es „Willenszucht" üben wolle [4]). Der Befehl wende sich also an den Willen und zwar „als das einzige Mittel, durch das sich die Rechtsordnung als objektive Macht durchsetzen kann." Im Ergebnis ist Lehmann zuzustimmen, zumal da der Unterlassungsbefehl nach § 890 ZPO. der Vollstreckung auf psychischem Wege fähig ist, und § 888 ZPO. in Ansehung der

[1]) Windscheid, Pandekten II, S. 253, Anm. Ia; Leonhard Allg. Tl. S. 3. ff.; Langheinecken, S. 148, 247; Lesser s. 15, 21; Stephan. S. 33.

[2]) S. 21; Thon, S. 201–202.

[3]) Lehmann, S. 21.

[4]) Lehmann scheidet hier zwischen der bloßen Norm und dem Rechtsbefehl. So auch Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 39 ff. Hold von Ferneck (die Rechtswidrigkeit) S. 19, 98.

Erzwingbarkeit von Handlungen des Schuldners überhaupt vorausgesetzt, daß diese Handlungen vom Willen des Schuldners abhängen. Wenn Bromm[1]) hier ausführt, daß die §§ 890, 888 ZPO. mit dem Wesen der Unterlassung nichts zu tun haben, so ist ihm darin beizustimmen, daß sie allerdings mit der Unterlassung, isoliert betrachtet, nichts zu tun haben. Wohl aber befassen sich diese Vorschriften mit der Unterlassungspflicht, und es folgt aus ihnen, daß die Unterlassung als Inhalt eines Anspruchs Willensbestimmtheit sein muß[2]).

Ohne den Ausführungen Lehmanns widersprechen zu wollen, sind die Gründe, die Thon gegen die hier vertretene Ansicht geltend macht, noch besser zu widerlegen. Auch ist der Fehler, den er dadurch macht, daß er die Verbotsnormen zu weit ausdehnt, noch besser aufzuklären, wenn man folgendes bedenkt: Thon knüpft an die Unterlassungspflichten an, die aus den absoluten Rechten entspringen. Nur diese interessieren uns hier, da sie der Ausgangspunkt für die vorbeugende Unterlassungsklage sind. Die Ansicht Thons: wenn die Unterlassungspflicht Willensbestimmtheit sei, so seien die Konzequenzen unerträglich, ist nur dann richtig, wenn die Rechtsnormen, die auf Grund absoluter Rechte ganz allgemein ein Tun verbieten, also der Gesamtheit der Rechtssubjekte dieses Tun verbieten, nun ohne weiteres Unterlassungspflichten der einzelnen Rechtssubjekte begründen würden. Das ist aber nicht der Fall. Zwar muß, wenn die Gesamtheit eine Handlung unterlassen muß, der Einzelne sie auch unterlassen. Es ist aber ein Unterschied zu machen zwischen der Rechtssphäre des Einzelnen und der Rechtssphäre der Gesamtheit. Die an die Gesamtheit gerichteten Verbote haben sich noch in keiner einzelnen Person lokalisiert, sie sind „nichts als der Schatten, den das Recht in die Außenwelt wirft"[3]). Wir können aber von einer Rechtspflicht des einzelnen erst dann sprechen, wenn diese Pflicht, aus der Rechtssphäre der Gesamtheit herausgenommen, sich in dem Einzelsubjekt lokalisiert hat, und wenn der Einzelne in einer

[1]) Bromm, a. a. O.

[2]) So auch Jakobsohn S. 7.

[3]) Ihering in Iherings-Jahrb. Bd. 10, S. 393.

persönlichen, nur ihn angehenden Beziehung zu der Norm steht. Die „unzähligen, durch die absoluten Verbote statuierten negativen Pflichten“ [1]), welche willentlich gar nicht zu erfüllen wären, sind also gar nicht Pflichten des Einzelnen. Die Unterlassungspflichten sind demnach bei weitem nicht so zahlreich wie Thon annimmt. Eine Willensbestimmtheit wird durch das Verbot nur dann verlangt, wenn der Einzelne mit der geschützten Rechtssphäre irgendwie in persönliche Berührung kommt [2]).

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis:

1. Unterlassung ist ein Nichttun.

2. Die Unterlassungspflicht ist die Rechtspflicht zu einem Nichttun.

3. Die eine Unterlassung gebietende Norm ist das auf Willensbestimmtheit gerichtete Verbot eines Tuns.

§ 2. Unterlassen und Dulden.

Bei näherem Zusehen können wir nach inneren Momenten zwei Arten der Unterlassung scheiden, die reine Unterlassung und das Dulden. Während das Gesetz in einer Reihe von Vorschriften von Unterlassung spricht, (z. B. §§ 12, 862, 1004 BGB., § 37 HGB. usw.) statuieren eine Reihe anderer Vorschriften die Pflicht, die Handlung eines Dritten zu dulden. So bestimmt § 1004, Abs. 2 BGB., daß der Eigentümer den negatorischen Anspruch des § 1004, Abs. 1 BGB. nicht hat, wenn er die betreffende Handlung zu dulden verpflichtet ist, oder §§ 912 ff. BGB., daß in bestimmten Fällen ein Ueberbau oder ein Notweg geduldet werden müsse. Und wenn es in §§ 904, 905, 906 BGB. heißt, daß der Eigentümer eines Grundstücks gewisse Handlungen oder Einwirkungen nicht verbieten darf, so ist dieses ebenfalls eine Verpflichtung, diese zu dulden [3]). Schließlich wird auch bei der Zwangsvollstreckung in § 890 ZPO. unterschieden zwischen der Verpflichtung des Schuldners, eine Handlung zu unterlassen und der Verpflichtung, die Vor-

[1]) Lehmann S. 20/21.

[2]) vergl. dazu Jakobsohn S. 6/7.

[3]) ebenso Wendt, Arch. f. d. ziv. Praxis, S. 92, 20.

nahme einer Handlung zu dulden. Ist nun das Dulden begrifflich etwas anderes als das reine Unterlassen?

Folgende Unterschiede lassen sich von außen betrachtet aufstellen. Ein Anspruch auf ein Dulden liegt dann vor, wenn es sich um den Eingriff in eine, an und für sich fremde Rechtssphäre durch eigenes Tun handelt. Der Anspruch auf ein reines Unterlassen geht gegen den Störer der eigenen Rechtssphäre [1]). Dieser Unterschied begründet aber keineswegs einen Wesensunterschied zwischen Dulden und Unterlassen, sondern der Unterschied beschränkt sich auf die Voraussetzung beider Begriffe. Es handelt sich im Falle der Duldung um die Unterlassung einer Abwehrhandlung und bei der reinen Unterlassung um die Unterlassung einer Angriffshandlung. Es liegt also in beiden Fällen ein Nichttun vor, das infolge verschiedener Voraussetzungen in zwei Spielarten auftritt [2]).

Der Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus § 241 BGB.: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen." Hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine Verpflichtung zum Dulden ebenfalls in der Begriffsbestimmung des § 241 BGB. enthalten ist. So ist z. B. nach § 547 Abs. 2 Satz 2 der Mieter berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen. Der Vermieter ist also zur Duldung der Wegnahme verpflichtet, was zweifellos eine Leistungspflicht im Sinne des § 241 BGB. ist. Auch sind die Mittel der Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO. bei der reinen Unterlassung und dem Dulden dieselben, und wenn bezgl. des Duldens nach § 892 ZPO. auch rein physischer Zwang zulässig ist, so dient dieser Zwang nicht der Vollstreckung des Duldens, sondern der Durchführung der Handlung, die geduldet werden muß, ebenso wie andererseits die Notwehr zum Schutze absoluter Rechte nicht dazu dient, den Anspruch auf ein (reines) Unterlassen durch-

---

[1]) vergl. Lehmann, S. 28.

[2]) So auch Wendt, Arch. f. d. ziv. Pr. S. 16; Jakobsohn S. 9; Lehmann, S. 23/25.; Hölder, Ueber Ansprüche und Einreden, S. 5–7.

zusetzen, sondern das Recht zu erhalten. Die Unterschiede beziehen sich also nur auf die Voraussetzungen beider Begriffe, die wir oben auseinandersetzten [1]).

§ 3. Reine, kombinierte, sekundäre Unterlassungspflichten.

Das Wesen der Unterlassungspflichten tritt uns am reinsten dann entgegen, wenn die Unterlassungspflicht der einzige Inhalt einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht ist. Dies ist zum Beispiel bei den Störungsverboten der absoluten Rechte der Fall, ferner bei dem Versprechen der Stimmenthaltung, der Aufenthaltsbeschränkung usw. Noch häufiger aber als diesen reinen Unterlassungspflichten begegen wir solchen, die als Bestandteil oder als Korrelat einer anderen Rechtspflicht auftreten. Dies sind die sogenannten „kombinierten" Unterlassungspflichten [2]). Diese Untersuchungspflichten können sowohl Nebenbestandteile wie auch gleichwertige Hauptbestandteile einer im übrigen anders beschaffenen Rechtspflicht, oder eines sonst auf positive Leistungen gerichteten Vertrages sein. Man denke nur an die Miete. Nach § 550 BGB. ist der Mieter verpflichtet, eine vertragswidrige Benutzung der gemieteten Sache zu unterlassen. Aehnliche Unterlassungspflichten finden wir z. B. in den §§ 549, 664 S. 1, 691 S. 1, ferner als Konkurrenzverbot bei den Dienstverträgen des Handelsrechts usw. Auch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben dürften sich, eine ganze Reihe von Unterlassungspflichten ergeben. Man denke z. B. an die Unterlassung von Konkurrenz nach Verlauf ein Geschäft mit Kundschaft. Ins besondere wird die bei Dauerverhältnissen wie Miete Pacht, Dienstvertrag, Werkvertrag, Maklervertrag und Gesellschaft häufig der Fall sein [3]).

Wenn auch diese kombinierten Unterlassungspflichten stets

---

[1]) Anderer Ansicht ist Du Chesne, Sächs. Arch. für Bürg. Recht S. 684 ff. der mit Rücksicht auf die Rechte, die beiden Pflichten entspr., zu einem anderen Ergebnis kommt; wiederlegt von Lehmann S. 24 ff. H. A. Fischer Zeitschr. f. H. R. Bd. 60. S. 553 erblickt im Dulden einen Uebergang zum Tun.

[2]) Wendt S. 6; Lehmannn S. 14; Oertmann § 241. 2 b.

[3]) Oertmann, §§ 241 2 b.

in Begleitung anderer Pflichten auftreten, so sind sie doch selbstständige Rechtspflichten die auch sebstständig geltend gemacht werden können. Anders ist dies bei einer dritten Art von Unterlassungspflichten, die neuerdings von den beiden obenerwähnten Arten geschieden wird, bei den sog. sekundären Unterlassungspflichten. Verspricht jemand eine Leistung, die in einer positiven Handlung besteht, so ist in vielen Fällen der Parteiwille sinngemäß dahin zu ergänzen, daß damit auch die Verpflichtung übernommen ist, alles zu unterlassen, was der Erfüllung der Verbindlichkeit unzuträglich ist. Ein Beispiel mag dies erläutern. Bin ich verpflichtet, in 4 Wochen ein Buch zurückzugeben, so geht meine Verpflichtung zunächst dahin, zu rechten Zeit das Buch zurückzugeben. In der Zwischenzeit aber bin ich verpflichtet, alles zu unterlassen was diese Leistung vereiteln würde. Diese zweite Pflicht ist ganz anderen Inhalts als die erste. Es handelt sich hier nicht um den tautologischen Ausdruck für eine und dieselbe Rechtspflicht, wie S i b e r meint [1]). Diese zweite Pflicht ist aber nur sekundär, „der nach der negativen Seite hin ausgedachte Inhalt des Leistungsgebots [1])". Daher kann in den meisten Fällen diese sekundäre Pflicht nicht selbständig geltend gemacht werden. In unserem obigen Beispiel ist nach heutiger Ansicht wohl eine analoge Anwendung des § 550 BGB. auf das Leihverhältnis zulässig, da sich Miete und Leihe nur durch Entgeltlichkeit unterscheiden. Aber die sekundäre Unterlassungspflichten des Verkäufers bezgl. der Erhaltung der verkauften Sache kann ich nur mittelbar, durch Klage auf die positive Leistung aus dem Kaufvertrag, geltend machen. Die Richtigkeit der Annahme dieser latenten Unterlassungspflichten dürfte eine Stütze in der heute allgemein anerkannten, von S t a u b aufgestellten Theorie der positiven Vertragsverletzung finden [2]). Verpflichtet jede schuldhafte „Verletzung einer Verbinldichkeit durch eine positive Handlung" zu Schadenersatz, so heißt es nur einen Schritt weitergehen, die tiefere Ursache dieser Schadensersatzpflicht

---

[1]) Siber, Rechtzwang, S. 86.

[2]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 1902.

in einer latenten Unterlassungspflicht bezgl. dieser Verletzungshandlungen zu suchen[1]).

§ 4. Einmalige, wiederkehrende, dauernde Unterlassung.

Nach rein zeitlichen Momenten können wir drei Arten von Unterlassungen unterscheiden, einmaliges, wiederkehrendes und dauerndes Unterlassen. Einige Beispiele mögen dies erläutern. Wenn ich verpflichtet bin, während einer in demselben Hause stattfindenden Trauerfeierlichkeit das Teppichklopfen oder das Klavierspielen zu unterlassen, so handelt es sich um eine einmalige Unterlassung.

Bin ich verpflichtet, zu gewissen Tagesstunden das Teppichklopfen oder Klavierspielen zu unterlassen, so sprechen wir von einer wiederkehrenden Unterlassung.

Von einer dauernden Unterlassung sprechen wir dann, wenn ich irgendeine Handlung schlechthin zu unterlassen verpflichtet bin, z. B. ich darf eine bestimmte Behauptung nicht verbreitern. Hierher gehören ferner alle Unterlassungspflichten aus absoluten Rechten. So begründet z. B. das Störungsverbot des Eigentümers (§ 1004 BGB.) eine Dauerunterlassungspflicht. Entsprechen nun diese Arten der Unterlassungspflichten in ihrer juristischen Struktur den gleichen Arten von Pflichten zu einem Tun? In den §§ 194, 241 BGB. werden die beiden Pflichten in mehreren Beziehungen gleichgestellt. Juristisch gleichartig sind aber nur die einmalige Unterlassung und das einmalige Tun und das wiederkehrende Tun und Unterlassen. Bei der Dauerunterlassung müssen wir zwei Betrachtungsarten unterscheiden. Man kann die Dauerunterlassung einmal als Gesamtleistung betrachten: als solche ist sie von einem einheitlichen Willensmoment abhängig. Man kann aber auch die Dauerunterlassung in ihre einzelnen zeitlichen Atome auflösen und jedes dieser Atome betrachten. Beide Betrachtungsweisen sind notwendig. Als einheitliche Leistung müssen wir die Dauerunterlassung deshalb ansehen, weil

[1]) Oertmann, § 241, 2 c. Derselben Ansicht Hölder, Festgabe für Scheuerl 1884, S. 58; Schöller Gruchot, Bd. 46, S. 27; Reichel, Schuldmitübernahme S. 413 a. A. Schneider Jherings Jahrb. 53. S. 14 ff. 32.

mit ihr ein einheitlicher Erfolg erzielt werden soll (z. B. der Eigentümer soll nicht gestört werden und weil das Willensmoment bei natürlicher Betrachtungsweise ein einheitliches ist und sich nicht für jedes „Unterlassungsatom" erneuert. Die andere Betrachtungsweise ergibt sich aus dem Momente der Zuwiderhandlung. Eine einmalige Unterlassung wird mit dem Augenblick der Zuwiderhandlung unmöglich. Bei der wiederkehrenden Unterlassung wird bei einer einmaligen Zuwiderhandlung die Unterlassung nur für einen Zeitabschnitt unmöglich, während bei der dauernden Unterlassung unter Umständen nur ein Atom der Leistung unmöglich wird [1]) Daraus folgt, daß für eine Klage auf Unterlassung nur die beiden letzteren Unterlassungsarten in Frage kommen, da die Erfüllung einer einmaligen Unterlassungspflicht mit der Zuwiderhandlung bereits unmöglich geworden ist. Eine allgemeine vorbeugende Unterlassungsklage geht notwendigerweise nur auf eine Dauerunterlassung, da es sich um die außervertragliche Klage zur Erhaltung eines Zustandes oder Rechtes handelt, wie bei der Unterlassungsklage nach § 1004 BGB.

II. Die materielle Rechtsgrundlage der vorbeugenden Unterlassungsklage.

Wir gehen nunmehr dazu über, zu untersuchen, ob im Gesetz die materiellen Grundlagen für eine allgemeine vorbeugende Unterlassungsklage enthalten sind oder ob sie wenigstens aus ihm zu konstruieren sind. Wir müssen mit den materiellen Grundlagen beginnen, da eine Klage notwendigerweise ein materielles, subjektives Recht voraussetzt und nichts weiter als die prozessuale Durchführung dieses Rechts ist. Die vorbeugende Unterlassungsklage ist mit der Schadenersatzklage aufs engste verknüpft. Das soll keineswegs heißen, daß sie eine Art oder eine Unterabteilung der Schadensersatzklage ist [2]). Das Gegen-

[1]) Für die Notwendigkeit beider Betrachtungsweisen auch Lehmann S. 60/61; Jakobsohn S. 5. Vergl. Eltzbacher S. 84; Stephan S. 64/65; Hellwig S. 378–387.

[1]) Auf die Ansicht, die vorbeugende Unterlassungsklage sei wiederherstellender Natur, werden wir später noch eingehen.

teil ist der Fall. Die Schadenersatzklage hat wiederherstellenden Chararakter, vergl. § 249 BGB: „Wer zum Schadenersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Die vorbeugende Unterlassungsklage ist aber nicht wiederherstellender, sondern, wie schon der Name sagt, vorbeugender Natur, d. h. sie dient dazu, den Eintritt eines drohenden zukünftigen Schadens zu verhüten. Insofern ist sie in der heutigen Rechtssprechung und Rechtswissenschaft immer mehr betonte und entwickelte Ergänzung der Schadenersatzklage, indem sie die Schadenersatzklage, zu verhüten sucht. Es folgt schon aus dem Gesagten, daß wir hier den Unterlassungsanspruch aus rechtswidrigem Verhalten im Auge haben, der streng zu scheiden ist von der auf Rechtsgeschäft beruhenden Forderung auf ein Unterlassen, was in der Literatur häufig übersehen wird[1]). Aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit folgt, daß prinzipiell, soweit nicht gesetzliche Hindernisse im Wege stehen (man denke etwa an § 138 BGB.) jedes beliebige dauernde oder zeitweilige Unterlassen vertraglich vereinbar ist. Bei dieser Vielgestaltigkeit des Obligationsrechts von einer „allgemeinen" Unterlassungsklage zu sprechen, ist gänzlich verfehlt, während das außerkontraktliche Verhalten der dem Gesetze unterworfenen Rechtssubjekte gesetzlich in seinen Rechtsfolgen mehr oder weniger scharf umrissen ist, wir also feststehende Voraussetzungen haben, die allein die Konstruktion einer allgemeinen vorbeugenden Unterlassungsklage oder, wie wir sie auch nennen können „einer quasi negatorischen Klage", ermöglichen können[2]).

Anknüpfend an ein rechtswidriges Verhalten eines Rechtssubjektes sind in der Literatur und in der Rechtssprechung zwei Wege beschritten worden, um zu einer allgemeinen Unterlassungsklage zu gelangen. Die eine Richtung leitet die quasi negatoria aus unerlaubter Handlung her, d. h. aus einem unmittelbaren Verstoß gegen die Rechtsordnung. Andere wollen die quasi

---

[1]) vergl. Enneccerus, § 405, Anm. 23.

[2]) Beide Bezeichnungen werden in der Abhandlung als identische Begriffe gebracht.

negatoria aus einer Verletzung konkreter subjektiver Rechte begründen. Zwar operieren beide Teile mit den §§ 823, 826 BGB. Während aber erstere in diesen Vorschriften den unmittelbaren „Realgrund" und für die Unterlassungsklage sehen, benutzen letztere die §§ 823, 826 BGB. als Erkenntnisgrund, insofern, als sie aus dem Umstande, daß das Gesetz an die Verletzung der in Frage kommenden Rechtsgüter die Schadenersatzpflicht knüpft, deren Eigenschaft als subjektive Rechte folgern, die im Eingriffsfalle Unterlassungsansprüche erzeugen [1]). Damit sind auch für unsere Untersuchung die zu beschreibenden Wege vorgezeichnet, denn andere, sich an das Gesetz anlehnende Betrachtungsweisen gibt es nicht.

§ 1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Es ist in erster Linie ein Verdienst unseres obersten Gerichts, durch die Erweiterung der im BGB. fixierten Unterlassungsklagen und die Entwicklung einer allgemeinen quasi negatoria einem Rechtsbedürfnis unserer Zeit, die immer komplizierter wird, und daher einen immer verästelteren und feiner ausgeprägten Rechtsschutz verlangt, abgeholfen zu haben. Die Wissenschaft hat erst später dieses Problem aufgegriffen, angeregt durch das Reichsgericht, und ist zunächst nicht über eine Kritik des Reichsgerichts hinausgegangen. Wir beginnen deshalb mit einer Prüfung der Enscheidungen des Reichsgerichts und der Entwicklung, die die vorbeugende Unterlassungsklage seit ihren Uranfängen in der Rechtsprechung genommen hat.

Die erste grundlegende Entscheidung in unserer Frage ist die Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 1. April 1901 [2]). Es handelt sich um folgenden Rechtsfall: Eine Dampfschiffahrtsgesellschaft hatte einer Speditionsfirma gedroht, sie werde die Interessenten einer Seglergruppe, die mit ihr konkurrierte, durch

[1]) Oertmann, DJZ. 1904, S. 618.

[2]) RGE. Bd. 48, S. 114. Die vorhergehenden Entsch. Bd. 25, S. 347 u. Bd. 38. S. 170 u. 379 befassen sich teils mit französischen Sonderrechtsgebieten, teils mit einem Anspr. auf Unterl. eines noch nicht vollendeten Dauerdelikts sodaß diese als irgendwie grundlegend nicht angesprochen werden können.

Ausnahmetarife schädigen, um dadurch zu zwingen, ihren Frachtverkehr nach Brisbane aufzugeben. Die Speditionsfirma erhob Klage auf Unterlassung, welcher das Reichsgericht unter Abänderung des Berufsurteiles stattgab. Das Reichsgericht erblickte in den Drohungen eine Handlungsweise, die nach § 826 BGB. gegen die guten Sitten verstößt. § 826 BGB. hat den Zweck „den illoyalen Schädigungen im Verkehrswesen wirksam entgegenzutreten, wobei es auf die Natur des verletzten Rechtsguts nicht ankommt." „Wenn das Verhalten der Beklagten einer der vorbezeichneten Gesetzesbestimmungen unterliege (§ 826), führt das Reichsgericht weiter aus „dann lasse sich die rechtliche Zulässigkeit der erhobenen Klage auf Unterlassung nicht beanstanden. Ein solcher, durch Klage verfolgbarer Anspruch, sei bei Zutreffen von § 823 oder 826 BGB. „wenigstens da zu gewähren, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde und weitere Eingriffe zu besorgen sind, also mit der Klage die Fortsetzung oder Vollendung der verübten begonnene Schädigung verhütet werden soll." „Das BGB. hat, indem es einen Unterlassungsanspruch für einzelne Fälle besonders normiert (§§ 12, 862, 1004 BGB.) die Zulassung eines solchen Anspruchs nicht für alle anderen, dem Gebiete des Gesetzbuches angehörigen Fälle ausschließen wollen." Einer Klage auf Unterlassung gegenüber einem rechtswidrigem Angriff habe die Reichsgesetzgebung auf weiten Gebieten des heutigen Rechtslebens, insbesondere in den Gesetzen zum Schutze des geistigen Eigentums und der gewerblichen Ausnutzungsrechte teils ausdrücklich, teils mittelbar durch die Gestaltung ausschließlicher Rechts „gesetzliche Anerkennung verliehen. Auch § 826 BGB. enthalte, wenn er auch ausdrücklich nur eine Ersatzpflicht ausspreche, „der Sache nach zugleich den Ausdruck für eine Verbindlichkeit zur Unterlassung." Und wenn das Gesetz ein Recht gewähre oder eine Verpflichtung auferlege, so müsse es auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf (also in diesem Falle den Anspruch auf Unterlassen) im Wege der Klage verfolgen zu lassen. Ob dabei die Analogie der negatorischen Klage zu verwerten sei, „möge dahingestellt bleiben."

Hier verzichtet das Reichsgericht auf eine analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 und konstruiert den Unterlassungsanspruch nur aus unerlaubter Handlung, indem es sich begnügt, die Unterlassungsklage damit zu begründen, daß der Unterlassungsanspruch in §§ 823, 826 BGB. „dem Sinne nach enthalten sei." Es sieht also die reale Grundlage der Unterlassungsklage in den §§ 823, 826 BGB[1]). Eine ganz andere Begründung scheint das Reichsgericht in der Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 5. Januar 05 zu geben[2]). Es handelte sich um folgenden Fall: Ein im Jahre 1902 erschienenes, von dem Beklagten verfaßtes Buch enthielt Behauptungen, die geeignet waren, den Kredit der Klägerin zu gefährden. Die Klägerin beantragte eine einstweilige Verfügung des Inhalts, daß dem Beklagten bei Strafe verboten würde, diese Behauptungen weiter zu verbreiten. Das Reichsgericht gab dem Antrag der Klägerin statt mit folgender Begründung: „Der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen, jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind; das Schuldmoment kommt dabei nicht in Betracht . . . . . Seine gesetzliche Grundlage findet jener Schutz in der analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB.; dem durch einen widerrechtlichen Eingriff in ein, durch das Gesetz geschütztes, Rechtsgut Betroffenen steht eine actio quasi negatoria zu, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind". Die gleiche Begründung liegt dem Urteil JW. 1905 S. 140 DJZ. 1910 S. 314, BGB, Bd. 61, S. 366 zugrunde. Während hier scheinbar die Unterlassungsklage durch analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 begründet wird, erscheint in dem Urteil des Sächs. Ziv. Sen. v. 28. IX. 1911 wieder eine andere Begründung:[3]) (Der Tatbestand ist neben-

[1]) vergl. die Ausführung zu Beginn ds. Kapitels.

[2]) RGE. Bd. 60, S. 6, ferner JW. 1905, S. 140, DJZ. 1910 S. 314 RGE. Bd. 61, S. 366.

[1]) RGE. Bd. 77, S. 217.

sächlich). „Von dieser Klage auf Unterlassung von Eingriffen in ein ausschließliches Recht des Klägers abgesehen, kann eine Klage auf Unterlassung von Eingriffen in den allgemeinen Rechtskreis eines Andern — von der das BGB. allerdings selbst nichts erwähnt — dann stattfinden, wenn durch eine vorausgegangene unerlaubte Handlung des Beklagten ein den klagenden Teil dauernd schädigender Zustand geschaffen wurde, der durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störungen beseitigt wird, sodaß die Unterlassung die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB. bedeutet. Vorausgesetzt ist, daß eine Wiederholung des in der Vergangenheit liegenden Eingriffs ernsthaft zu befürchten steht und daß in dem Eingriffe der objektive und subjektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt ist".

Wir haben hier diejenigen Entscheidungen des Reichsgerichts kurz zusammengestellt, die für die Begründung der allgemeinen Unterlassungsklage durch das Reichsgericht grundlegend sind. Eine Reihe anderer Entscheidungen beschäftigen sich mit den prozessualen Voraussetzungen der Unterlassungsklage und sind deshalb erst in dem folgenden Teil der Arbeit zu besprechen [1]). Wir müssen zunächst aus den sich scheinbar widersprechenden Entscheidungen des Reichsgerichts seine Lösung des vorliegenden Problems klarer herausschälen. Es ist ohne Weiteres ersichtlich, daß es sich im letzten Falle [2]) nicht um die quasi negatoria handeln kann. Hier ist die Unterlassungsklage als Wiederherstellungsklage konstruiert, um einen dauernd schädigenden Zustand nach

---

[1]) Entsch. über das Problem der vorbeugenden Unterl. Kl. sind enthalten in: RGE. Bd. 25, S. 347; Bd. 38, S. 170, 379; Bd. 48, S. 114; Bd. 56, S. 171; Bd. 57, S. 157, 239; Bd. 60, S. 6; Bd. 61, S. 366; Bd. 65, S. 210, Bd. 71, S. 85; Bd. 77, S. 217; Bd. 82, S. 59; Bd. 84, S. 148, 295; Bd. 86, S. 275; Bd. 88, S. 131, 424, Bd. 91, S. 267, 354; Bd. 93, S. 291; Bd. 95, S. 339; Bd. 98, S. 36; Bd. 99, S. 90; Bd. 100, S. 187; Bd. 101, S. 339; Bd. 108, S. 10; Bd. 109, S. 276 J.W. 03, S. 11; 05, S. 174; 07, S. 505; 11, S. 572, 760; 12, S. 587, 27, S. 1473.

[2]) RGE. 77, S. 219.

§ 249 BGB. zu beseitigen [1]). Diese Klage ist also eine Form der Schadensersatzklage und hat deshalb notwendigerweise die drei Kriterien der Schadenersatzklage zur Voraussetzung: Schaden, Widerrechtlichkeit und Verschulden [2]). Anders in den beiden ersten Fällen. Hier wird die quasi negatoria als eine Klage aus unerlaubter Handlung konstruiert, also als eine Klage, die ihre materielle Grundlage in dem 25. Titel des Rechts der Schuldverhältnisse hat [3]). Eine Analogie der §§ 12, 862, 1004 BGB. wird gar nicht in Erwägung gezogen, was ja auch bei dieser Begründung nicht möglich ist. In der zweiten hier angeführten Entscheidung scheint nun das Reichsgericht bei der Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage über den Rahmen der unerlaubten Handlung hinauszugehen, indem es ausführt, daß der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme rechtswidriger Handlungen sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen beschränke, sondern daß jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht zur Klage berechtige, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind. Wenn aber das Reichsgericht weiter ausführt, daß dieser Schutz seine gesetzliche Grundlage in der analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. finde, so ist dies durchaus mißverständlich. In Wirklichkeit handelt es sich gar nicht um eine analoge Anwendung dieser Vorschriften in dem Sinne, als wenn gerade dadurch die materielle Grundlage der Unterlassungsklage erweitert wäre, vielmehr dient diese Analogie nur dazu, den Umfang der Zulassung der Unterlassungsklage zu bestimmen, indem ein nur objektiv rechtswidriger Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut erfordert wird, also die Klage kein Verschulden voraussetzt, wie dies auch bei den §§ 12, 862, 1004 BGB. der Fall ist [4]). Die materielle Grundlage der vorbeugenden Unterlassungsklage

---

[1]) RGR. Komm. Vorbem. zu § 823, 6 II.

[2]) Auf den Versuch einer Konstr. der Unterl. Kl. aus § 249 BGB. wird später noch einzugehen sein.

[3]) RGR. Komm. Vorbem. zu § 823 6 III a.

[4]) So auch Lehmann, S. 124, Stephan, S. 42; unrichtig Lippmann, S. 128 und Neukamp, Festschrift für Zitelmann, S. 15.

bleibt trotzdem Kap. 25 des Rechts der Schuldverhältnisse. Man kann hier zwar an und für sich von einer unerlaubten Handlung deshalb nicht sprechen, weil das Erfordernis des Verschuldens, das die §§ 823 ff. für die Schadensersatzklage voraussetzen, nicht auch Voraussetzung der vorbeugenden Unterlassungsklage ist. Das ist aber auch nicht nötig, da das Reichsgericht die Grundlage der Unterlassungsklage in dem, in den §§ 823 ff. zum Ausdruck gekommenen, Verbot rechtswidriger Eingriffe sieht. Daß die Schadensersatzpflicht dabei auf Verschuldungsprinzip aufgebaut ist, spielt für die Unterlassungspflicht keine Rolle. Lediglich die Ausgestaltung der Klage beruht auf analoger Anwendung der §§ 12, 862, 1004. Klarer wie in den Entscheidungen kommt dies im Reichsgerichts-Räte-Kommentar zum Ausdruck [1]: „Die Klage ist zwar der abwehrenden Eigentumsklage nachgebildet; da sie aber auf rein persönliche Rechtsgüter und Interessen sich bezieht, einen Eingriff in ein durch die Vorschriften des 25. Tit. geschütztes Rechtsgut oder Interesse zur Grundlage hat, und eine Ergänzung der Schadensersatzklage aus unerlaubter Handlung bilden soll, ist sie als Klage aus u. H. oder wegen u. H. anzusprechen. Der dingliche Charakter der abwehrenden Eigentumsklage geht ihr ab. Die Unterlassungsklage entspringt hier nicht wie die Eigentumsfreiheitsklage dem verletzten ausschließlichen Recht, sondern der widerrechtlichen Störung des allg. Rechtskreises des Beschädigten". Das Reichsgericht gestaltet also die vorbeugende Unterlassungsklage als eine der negatoria nachgebildeten Klage „aus unerlaubter Handlung."

Es wird diese Konstruktion des Reichsgerichts nunmehr kritisch zu prüfen sein. Völlig konsequent hat sich das Reichsgericht auf den Standpunkt gestellt, „daß das Gesetz, wenn es ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung auferlegt, auch die Möglichkeit gewähren muß, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung, gegen den Verpflichteten im Wege der Klage verfolgen zu lassen [2]." Hier setzt Eltz-

[1]) RGR. Komm. Vorm. 6. III a zu § 823.
[2]) RGE. Bd. 48, S. 14.

bacher mit einer im Ergebnis verfehlten Kritik ein[1]). Zunächst meint er, das Reichsgericht ziehe aus dem soeben angeführten Satze die Schlußfolgerung, daß überall da die Unterlassungsklage gegeben sei, wo ein unerlaubtes Verhalten stattgefunden habe und weitere Beeinträchtigungen drohen. Dies ist zum mindesten mißverständlich. Die Unterlassungsklage ist deshalb gegeben, weil in den §§ 823, 826 BGB. ein „Unterlassungsanspruch" wenigstens dem Sinne nach gegeben sei, und die Folgerung daraus ist die, daß man logischerweise diesem Anspruch auch die Klagemöglichkeit geben müsse. Die Unterlassungsklage wird also gar nicht aus der Klagbarkeit der Ansprüche abgeleitet, wie Eltzbacher behauptet[2]). Wenn er ferner ausführt, daß nur fällige Ansprüche grundsätzlich klagbar seien, nicht fällige dagegen nur bei besonderer Vorschrift, so ist das teilweise richtig, paßt aber nicht für die Unterlassungsansprüche. Wenn man die Dauerunterlassung, und um eine solche handelt es sich in allen Fällen, nicht vom Standpunkte der einheitlichen Gesamtleistung aus betrachtet, kann man von einer einheitlichen Fälligkeit nicht sprechen; in jedem Moment wird sozusagen ein Atom des Anspruches fällig (vergl. unsere früheren Ausführungen), während die zukünftigen Unterlassungsatome noch nicht fällig sind. Wird nun die eine Unterlassungspflicht verletzt, so ist ihre Erfüllung unmöglich geworden. Man kann daher nur auf zukünftige Unterlassung klagen; diese ist aber noch nicht fällig. Wir können also mit dem Begriff der Fälligkeit bei Unterlassungsansprüchen nicht operieren. Die Ausführungen Eltzbachers gehen deshalb am Ziel vorbei, ganz abgesehen von der Konsequenz, die man aus Eltzbacher's Ansicht logischerweise ziehen muß. Nach seiner Ansicht könnte also nur dann auf Unterlassung, als noch nicht fällige Leistung, geklagt werden, wenn die Zulässigkeit der Klage ausdrücklich gesetzlich bestimmt wäre. Damit wäre eine erweiterte Anwendung der Unterlassungsklage von vornherein ausgeschlossen. Dies steht völlig in Widerspruch mit der überaus weiten Ausdehnung, die gerade Eltzbacher dieser Klage

[1]) Eltzbacher S. 81.
[2]) Eltzbacher S. 84.

gibt, worauf wir später noch zurückkommen werden. Somit kann kein Fehler des Reichsgerichtes in seiner Folgerung aus der Klagbarkeit der Rechte liegen.

Wir müssen vielmehr auf die vom Reichsgericht gesetzte materielle Grundlage der Unterlassungsklage eingehen. Diese ist in der Wissenschaft auf großen Widerspruch gestoßen, eine Anerkennung hat das Reichsgericht eigentlich nur durch Fuld erfahren[1]). Dieser ist der Ansicht, daß obwohl im § 826 BGB. die Unterlassungsklage nicht erwähnt wird, nicht ernstlich bezweifelt werden könne, daß auch sie neben der Schadenersatzklage, zum Zwecke der Abwehr eines rechtswidrigen Eingriffs, zulässig sei. Dies folge aus dem Wesen der Rechtsverletzung, aus dem Charakter einer unerlaubten Handlung. Eine weitere Begründung gibt Fuld nicht; auch macht er nicht den Versuch, seine Behauptungen irgendwie zu stützen. Man kann sich deshalb auf ihn zur Rechtfertigung des reichsgerichtlichen Standpunktes nicht berufen.

Dagegen haben fast alle anderen Schriftsteller aus den verschiedensten Gründen den Standpunkt des RG. mißbilligt. Jakobsohn[2]) führt aus, es sei an sich richtig, daß der Schadenersatzanspruch in den §§ 823 ff. dartue, daß die den Schaden verursachende Handlung verboten sei, er meint aber, eine Unterlassungsklage sei dadurch noch nicht gewonnen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Ersatzanspruch wirklich eine Folge der Rechtverletzung wäre. Der Schadenersatzanspruch knüpfe sich aber nicht an die schuldhafte Rechtsverletzung, sondern daran, daß ein vermögensrechtlich schädigender Zustand eingetreten sei. Dies sei aus § 823, Abs. I. zu folgern, nach welchem sich das Verschulden nur auf die Rechtsverletzung, nicht auf den Eintritt des Schadens zu beziehen brauche. Es sei also ein Ersatzanspruch nur gegeben, wenn ein Schaden entstanden sei und der schädigende Zustand sei das eigentlich Unerlaubte. Daher fehle zwischen dem Anspruch auf Schadenersatz und dem in denselben Vor=

[1]) Fuld, Gruchot Bd. 47, S. 373.
[1]) S. 137.

schriften enthaltenen Rechte auf Unterlassung jeglicher Art von Rechtsverletzung der Zusammenhang.

Wir können uns der Ansicht Jakobsohn's nicht anschließen. Sie ist gekünstelt und sehr wohl widerlegbar [1]). Zwar ist ihm darin zuzustimmen, daß ein Ersatzanspruch nur dann gegeben ist, wenn ein Schaden entstanden ist. Dieses ist ganz selbstverständlich, weil es sich hier um Schadenersatz handelt. Falsch ist aber die umgekehrte Folgerung, der schädigende Zustand sei unerlaubt und deshalb müsse Ersatz geleistet werden. Z. B. kann bei A. durch eine Handlung des X. sehr wohl ein schädigender Zustand entstehen, einen Schadenersatzanspruch hat dieser aber nur dann, wenn der Zustand durch eine schuldhafte, widerrechtliche Handlung des X. hervorgerufen ist. An diese knüpft sich folglich der Ersatzanspruch. Aus den Erwägungen Jakobsohn's ist also ein Fehler des Reichsgerichts nicht nachzuweisen, vielmehr ergibt sich dieser aus einem anderen Umstand.

Das Reichsgericht nimmt durch seine Begründung der vorbeugenden Unterlassungsklage eine Gleichstellung von Recht und rechtlich geschütztem Interesse vor. Da die Grundlage eines Anspruchs nur ein Recht sein kann, muß sich also aus den §§ 823 ff. wirklich ein Recht auf Unterlassung schädigender Handlungen ergeben. Aber gerade im § 823 BGB. tritt deutlich hervor, daß das Gesetz nicht alle in diesem §§ geschützten Interessen als Rechte auffaßt. Anders ist der Unterschied zwischen § 823, Abs. 1 und Abs. 2 nicht zu erklären. Die „Rechte" und einige ihnen gleichgestellte Rechtsgüter werden durch § 823 Abs. 1 geschützt, während in Abs. 2 die Schadensersatzpflicht an die Verletzung von Schutzgesetzengeknüpft ist, das sind solche Gesetze, die Interessen der einzelnen Rechtssubjekte schützen. Würde nun dieses geschützte Interesse ein Recht sein, so enthielt Abs. 2 S. 1 des § 823 eine zwecklose Tautologie, denn alle durch Abs. 2 Satz 1 geschützten Interessen wären dann ja schon durch § 823 Abs. 1 geschützt, sie würden unter die „sonstigen Rechte" des Abs. 1 fallen. Eine derartige Auslegung dürfen wir dem § 823 nicht geben [2]). Daß

[1]) vergl. Béranger S. 20 ff.

[2]) So auch: Oertmann S. 619, Lehmann S. 69.

nicht alle einem Rechtssubjekt günstigen Positionen Rechte sind, läßt sich durch den Hinweis auf andere Rechtsinstitutionen beweisen. Zu denken ist hier an die Verträge zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB. ff.) oder an den Unterschied zwischen Auflage und Vermächtnis (§ 2194 BGB.) Gerade hier zeigt sich, daß der Rechtspflicht des einen Teils kein Recht des anderen auf die Leistung gegenübersteht. Wenn es nicht ausdrücklich vereinbart ist oder sich aus den Umständen ergibt, kann nur der Versprechensempfänger bei den Verträgen zu Gunsten Dritten die Leistung verlangen. Der Dritte hat kein Recht hierauf. Gewiß ist seine Position in gewisser Weise dadurch rechtlich geschützt, daß der Versprechensempfänger die Leistung verlangen kann, aber dadurch wird die Position des Dritten nicht zum Recht. Bei dem Vermächtnis und der letztwilligen Auflage ist dies genau dasselbe. Aus demselben Grunde brauchen auch die im § 823 Abs. 2 BGB. geschützten Interessen keine Rechte zu sein; und das sie es nicht sind ergibt sich aus § 823, Abs. 1 BGB., denn dieser bezweckt den Schutz der R e c h t e. Wären die geschützten Interessen Rechte, so müßten sie folgerichtig auch unter § 823 Abs. 1. gefaßt sein. Es ist deshalb abzulehnen, daß die Rechtspflicht zur Unterlassung des Verstoßes gegen ein den Schutz des Einzelnen bezweckendes Gesetz ein Recht des Verletzten auf diese Unterlassung begründet. Man stelle sich auch die Konsequenzen der anderen Auffassung vor, um deren Unhaltbarkeit zu erkennen. Da fast alle Strafgesetze u. A. auch den Schutz der Einzelnen bezwecken, würde ich also ein Recht darauf haben, nicht betrogen zu werden usw. Ja, sogar alle Passanten einer engen Straße, in welcher schnelles Fahren verboten ist, würden gegen einen Automobilfahrer, der gegen diese Bestimmung verstößt, ein Recht darauf haben, daß dieser das schnelle Fahren unterläßt. Wir würden damit zur alten römischen Popularklage zurückkehren, was höchst unzweckmäßig wäre und unhaltbare Zustände im Gefolge haben würde.

Wir folgern daraus, daß in § 823 Abs.2 BGB. lediglich dem Verletzten ein Schadensersatzanspruch gegeben sein kann, ein Anspruch auf Unterlassung ist hier nicht begründet. Deshalb ist die Fundierung der Unterlassungsklage durch das Reichsgericht,

welches auf dem Standpunkt steht, daß die §§ 823 ff. wenigstens dem Sinne nach eine Verbindlichkeit zur Unterlassung enthalten, in dieser Weise nicht richtig. Eine wirklich strenge Durchführung dieses Grundsatzes würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Es ist zuzugeben, daß das Reichsgericht sich mit seiner Begründung durchaus im Rahmen einer brauchbaren und billigen Rechtssprechung gehalten hat. Da das Reichsgericht aber die Aufgabe hat, einzelne Fälle zu entscheiden, und nicht die, eine Lehre aufzustellen, so ist dies kein Beweis für die wissenschaftliche Richtigkeit seiner Begründung und für uns kein Grund, die wissenschaftliche Grundlage der Entscheidungen als solche zu billigen.

§ 2. Konstruktion Eltzbachers.

Wir können bei der Behandlung unseres Problems nicht an dem radikalen Versuch Eltzbachers vorbeigehen, eine allgemeine Unterlassungsklage zu begründen, die dieser in seiner Abhandlung: „Die Unterlassungsklage, ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutz," gemacht hat. Eltzbacher beschreitet im Gegensatz zum Reichsgericht bei der Konstruktion einer allgemeinen Unterlassungsklage den Weg der Analogie. Er ergeht sich zunächst in langen Erörterungen über das Wesen der Analogie und sieht das Problem der Analogie in folgender Frage: „Wenn in der rechtlichen Regelung von Einzelfällen ein allgemeiner Grundsatz zur Erscheinung kommt, der über diese Einzelfälle hinausgreift, in welchem Umfange haben wir dann diesen allgemeinen Grundsatz zur Geltung zu bringen?"[1]) Es ist hier nicht am Platze, in eine Erörterung über die Analogie einzutreten. Eltzbacher sieht jedenfalls die Möglichkeit, die §§ 12, 862, 1004 BGB. analog auszudehnen, da in ihnen ein über ihren begrenzten Inhalt hinausgreifender Grundsatz zur Erscheinung komme. Wir müssen ihm hierin zustimmen. In den oben zitierten Vorschriften kommt der Grundsatz zum Ausdruck, daß überall da, wo ein absolutes Recht verletzt wird, der Verletzte gegen den Ver-

[1]) Eltzbacher Seite 91.

letzenden, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung klagen kann. Die Zahl der absoluten Rechte ist aber beschränkt, und es hat sich in der Praxis, wie schon hervorgehoben worden ist, ein Bedürfnis für eine umfassendere Ausdehnung der vorbeugenden Unterlassungsklage, über den engbegrenzten Rahmen der absoluten Rechte hinaus, gezeigt. Eine analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. ist also möglich. Diese Analogie ist nun nicht das grundlegende Neue an der Eltzbacher'schen Ansicht, sondern der Rahmen, in welcher diese Analogie sich bewegt.

Eltzbacher beschränkt sich nicht auf die wenigen absoluten Rechte bei der Gewährung der Unterlassungsklage auf Grund analoger Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB., sondern er dehnt die Unterlassungsklage auf alle Fälle aus, in denen ein Privatrecht verletzt worden ist: „In den Bestimmungen unserer Rechtsordnung über einzelne Unterlassungsklagen kommt ein allgemeiner Grundsatz zur Erscheinung, daß man, wo ein Privatrecht verletzt worden ist, bei einem Forderungsrecht außerdem trotz Abmahnung eine weitere Verletzung erfolgt ist und infolgedessen ein künftiges, verletzendes Tun des Verletzers befürchtet werden muß, auf Unterlassung klagen kann" [1]).

Im Prinzip ist hier Eltzbacher zuzustimmen. Als konservatives Gesetzbuch hat das BGB. den Stand der Rechtsentwickelung z. Z. seiner Enstehungsperiode zum Gesetz erhoben, ohne in den meisten Rechtsgebieten grundsätzliche Weiterbildung oder Neuentwicklungen zu bringen. Es hat daher auch in Ansehung der Unterlassungsansprüche und Unterlassungsklagen den damaligen Stand der Rechtsentwicklung gesetzlich festgelegt, ohne an die einheitliche Regelung dieses Problems zu denken. Aus dem heutigen Bedürfnis nach einer Ausdehnung dieser Klagen und aus der Rechtssprechung des Reichsgerichtes, das sich gleich nach Inkrafttreten des BGB., schon mit diesem Problem häufig zu befassen hatte, geht hervor, daß das hier behandelte Rechtsgebiet erst in den Anfängen seiner Entwicklung war. Es kommt aber im Gesetz nicht zum Ausdruck, daß die analoge Aus-

[1]) Eltzbacher, S. 96.

dehnung der betreffenden Vorschriften bei Verletzung anderer als der absoluten Rechte ausgeschlossen ist. Wir dürfen daher diesen Weg nicht unversucht lassen, um eine vernünftige zeitgemäße Rechtssprechung zu ermöglichen, um eine allgemeine vorbeugende Unterlassungsklage zu erhalten. Aufgabe der neueren Wissenschaft ist es, hier die richtigen Grenzen zu ziehen.

Wenn wir bis hierhin Eltzbacher zustimmen, so können wir ihm nicht folgen in seinen Darlegungen über die Privatrechte. Wenn man den Satz aufstellt, überall da, wo ein Privatrecht verletzt ist, ist die Unterlassungsklage zu gewähren, so ist damit noch nicht gesagt, wo und wann ein Privatrecht vorhanden ist. Eltzbacher[1]) geht davon aus, daß jede Rechtsvorschrift, Menschen um irgendwelcher anderer Menschen willen einschränkt und diese Tatsache, daß eben jene Rechtsvorschrift um Jemandes willen andere einschränkt, nennt Eltzbacher ein Recht. Das Wesen des Rechts komme darin zum Ausdruck, daß man bald von einem Anspruch, bald von einem Rechtsgut rede, dabei habe man beim Anspruch die einschränkende Seite und bei Rechtsgut die gewährleistende Seite des Rechts im Auge. Anspruch und Rechtsgut seien also nichts anders als das Recht von verschiedenen Seiten betrachtet. Es interessieren uns hier nun weniger die Privatrechte, die sich aus dem Gesetze unmittelbar ergeben, denn diese bereiten für die Auffindung einer geeigneten Rechtsgrundlage für Unterlassungsklage keine großen Schwierigkeiten. Vielmehr interessieren uns hier die Privatrechte, die nur mittelbar in einem Rechtssatze zum Ausdruck kommen. Wir müssen also nach Privatrechten suchen, wo jemand wegen eines rechtswidrigen Eingriffs ein Schadenersatzanspruch zusteht[2]. Jede Vorschrift, so führt Eltzbacher aus, die einen Schadenersatzanspruch wegen eines erlittenen Unrechts gewähre, weise notwendig auf eine Vorschrift zurück, die dieses Unrecht „zu seinen Gunsten verbiete und ihn somit" „ein Recht auf das entgegengesetzte Tun oder Lassen gebe". Aus diesen in den Schaden=

---

[1]) Eltzbacher, S. 104.

[2]) Eltzbacher, S. 110 ff.

ersatzpflichten (bei der engen Verknüpfung unseres Problems mit der Schadenersatzpflicht interessieren uns diese am meisten) zum Ausdruck gekommenen Verbote rechtswidriger Eingriffe, folgert nun Eltzbacher, daß überall da, wo eine Vorschrift des Privatrechts an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge knüpft, dieser ein Recht darauf habe, daß das Unrecht nicht begangen werde. Dasselbe sei der Fall, wenn eine Handlung eines Einzelnen willen unter Strafe gestellt sei. Denn obwohl die Strafgesetze in erster Linie zum Schutze der Allgemeinheit vor Verbrechen usw. bestimmt seien, habe der größte Teil der Strafrechtsnormen auch die Tendenz, den Einzelnen zu schützen. Folglich habe dieser ein Recht darauf, daß die betreffende verbotene Handlung unterbleibe.

Sind diese Folgerungen richtig oder besser gesagt, folgt aus den Schadensersatznormen und Strafrechtsnormen tatsächlich ein Privatrecht auf Unterlassung der in Frage kommenden rechtswidrigen Handlungen, so können wir eine unermeßliche Fülle von Unterlassungsansprüchen und Unterlassungsklagen konstruieren. Man hat also ein Privatrecht darauf, nicht körperlich verletzt, nicht ermordet oder betrogen zu werden, ein Recht darauf, daß man nicht in unsittlicher Weise geschädigt wird (§ 826 BGB.). Ja man hat dann auch ein Recht darauf, daß die Schutzgesetze, die den Schutz des Einzelnen bezwecken, nicht übertreten werden, ein Recht darauf, daß man zur Abgabe einer Willenserklärung nicht durch arglistige Täuschung bestimmt wird, was aus der Möglichkeit der Anfechtung (§ 123 BGB.) folgen würde. Man könnte noch eine unübersehbare Fülle von derartigen Beispielen bringen.

Es ergibt sich schon bei flüchtiger Betrachtung, daß Eltzbacher denselben Fehler macht, wie das Reichsgericht: Er identifiziert subjektives Recht und rechtlich geschütztes Interesse. Eltzbacher kommt also in seiner Begründung derjenigen des Reichsgerichts sehr nahe, und wir brauchen zur Stellungnahme zu Eltzbachers Anschauung teilweise nur auf unsere früheren Ausführungen zu verweisen. Eltzbacher deduziert nur insofern anders, als er die eigentliche Rechtsgrundlage für die in allen

diesen Fällen zu gewährende Unterlassungsklage in der analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. sieht und dadurch diesen Unterlassungsklagen gewissermaßen einen dinglichen Anstrich gibt [1]), während das Reichsgericht das Kapitel der unerlaubten Handlung im BGB. als Grundlage nimmt und nur die Klagevoraussetzungen analog nach § 12, 862, 1004 entwickelt. Auch ist nach der Eltzbacher'schen Konstruktion das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage ein viel größeres. Dies folgt aus der Eltzbacher'schen Definition des Privatrechts (Vergl. oben angeführte Beispiele). Ferner liegt eine Besonderheit darin, daß nach Eltzbacher der Unterlassungsanspruch schon vor der unerlaubten Handlung vorhanden ist, während nach Ansicht des Reichsgerichts dieser erst mit der unerlaubten Handlung entsteht.

Wir können aus der Definition Eltzbachers, ein Recht sei die Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift um jemanden willen andere einschränkt, ebensowenig anschließen, wie der daraus gezogenen Folgerung, daß überall da, wo eine Vorschrift des Privatrechts an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge anknüpft, dieser ein Recht darauf habe, daß das Unrecht nicht begangen werde [2]).

Es ist hier nicht am Platze, eine theoretische Erörterung des Rechtsbegriffes zu bringen; wir verstehen mit der herrschenden Ansicht unter einem Recht eine von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienende Macht [3]). Diese Macht ist das subjektive Recht, welches ein Ausfluß des objektiven Rechts ist. Es ergibt sich nun in keiner Weise zwingend aus dem objektiven Recht, daß dieses, wenn es sich um den

---

[1]) vergl. Lesser S. 106.

[2]) Eltzbacher S. 105, 112.

[3]) vergl. Enneccerus, I § 65; anderer Ansicht sind Thon und Bierling, die sich daran stoßen, daß nach o. A. auch Willensunfähigen Personen eine gedachte Macht zusteht und nur die Ausübung einem anderen übertragen ist, während sie der Ansicht sind, daß ein willensunfähiger nicht Machtinhaber sein, sondern höchstens als solcher vorgestellt werden könne. (Thon, S. 72; Bierling Krit. II S. 83).

Schutz des Einzelindividuums handelt, stets auch subjektives Recht schafft. Es gibt vielmehr eine Reihe von Normen, die Interessen der Einzelsubjekte schützen, ohne dabei dieses Interesse zum Recht zu machen. Wer durch Normen geschützt ist, ist darum noch nicht berechtigt. Normenschutz (oder Rechtsbegünstigung) und subjektives Recht sind nicht identisch [1]).

Wir verweisen im Uebrigen auf unsere Ausführungen bei der Besprechung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Wie dieses identifiziert Eltzbacher die Begriffe Recht und rechtlich geschütztes Interesse, ein Fehler, den wir bereits früher eingehend erörtert haben, sodaß sich eine Wiederholung erübrigt. Eltzbachers Konstruktion der subjektiven Privatrechte auf Unterlassung allein aus der Tatsache, daß eine Vorschrift des Privatrechts an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge knüpft, ist daher unhaltbar. Damit entfällt auch die Möglichkeit Eltzbachers Theorie für die Begründung einer allgemeinen Unterlassungsklage zu verwerten [2]).

§ 3. Der Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung.

Wir haben bereits bei der Besprechung der Stellungnahme des Reichsgerichts zu unserem Problem von der Möglichkeit der Begründung einer allgemeinen Unterlassungsklage aus unerlaubter Handlung gesprochen und diese Möglichkeit abgelehnt. Hier soll noch kurz auf einen Gedanken Bromm's eingegangen werden. Bromm [3]) will den Standpunkt des Reichsgerichts rechtfertigen, indem er durch Analogie zu einer allgemeinen vorbeugenden Unterlassungsklage gelangt. (Daß das Reichsgericht in Wirklichkeit keinen Analogie-schluß zur materiellen Begründung der Unterlassungsklage macht, haben wir bereits oben nachgewiesen.) Bromm stößt sich daran, daß in den §§ 12, 1004 BGB. nur absolute Rechts den Schutz der negatoria genießen,

[1]) Siehe Anm. 3, voriger Seite.

[2]) vergl. Lehmann S. 64; Lesser S. 106.

[3]) Bromm, Der Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung, S. 110 ff.

während er ein absolutes Recht, nicht durch unerlaubte Handlungen verletzt zu werden, wie es z. B. Eltzbacher konstruiert, nicht anerkennt. Nun behauptet er, ein solches absolutes Recht sei gar nicht erforderlich, wenn man nur § 862 BGB. zur analogen Ausdehnung heranziehen würde. § 862 behandelt bekanntlich den Schutz des Besitzers gegen verbotene Eigenmacht und gibt gegen den Besitzstörer bei Befürchtung weiterer Störungen eine Unterlassungsklage. Bromm führt aus, der Besitz sei kein Recht, sondern eine Tatsache, uud da die Grundlage des § 862 kein Recht sei, brauche man bei analoger Anwendung des § 862 BGB. nicht von einem absoluten Recht oder einem subjektiven Recht auf Unterlassung auszugehen, sondern könne bei vorliegender unerlaubter Handlung auf Unterlassung klagen, wie bei verbotener Eigenmacht. Die Grundlage des Besitzschutzes sei die „verbotene Eigenmacht", und da nun die unerlaubte Handlung ebenfalls verboten sei, so stehe einer analogen Anwendung des § 862 nichts im Wege.

Wir können uns diesen Ausführungen Bromm's nicht anschließen. Wenn man eine Vorschrift analog anwenden will, so muß darin ein, über den konkreten Gesetzestatbestand hinausgehendes, Prinzip enthalten sein. Aus § 862 BGB. können wir aber nicht das Prinzip entnehmen, daß eine verbotene Handlung zur Unterlassungsklage berechtigt. Zunächst ist der Besitz in seiner eigenartigen Natur als Tatsache, die ohne ein Recht zu sein, mit Rechtsschutz, Rechtsfolgen und teilweise mit Rechtsstellung versehen ist, ein nur einmaliges und ganz besonders geartetes Gebilde in unserem Rechtssystem. Die Besitzregeln sind schon deshalb zur analogen Anwendung durchweg nicht zu gebrauchen. Ferner kann man aus § 862 BGB. nicht entnehmen, daß verbotene Handlungen schlechthin zur Unterlassungsklage berechtigen, vielmehr wird im § 862 der Besitz in einer gewissen Weise dem absoluten Recht gleichgestellt, ohne dadurch selbst zum absoluten Recht erhoben zu werden. Schon der Wortlaut deutet darauf hin, der genau den §§ 12, 1004 nachgebildet ist. Wir haben es deshalb mit einer Ausnahmevorschrift zu tun, die sich aus der eigenartigen Natur des Besitzes ergibt. Eine solche ist

aber der analogen Ausdehnung nicht fähig. Damit sind die Ausführungen Bromm's hinfällig, die im übrigen auch nur erkennen lassen, daß das Bedürfnis nach einer allgemeinen Unterlassungsklage groß ist, aber eine einwandfreie juristische Begründung erhebliche Schwierigkeiten macht.

§ 4. Ableitung der Unterlassungsklage aus § 249 BGB.

In erster Linie ist es Oertmann, der die Unterlassungsklage nicht als vorbeugende Unterlassungsklage, als actio quasi negatoria entwickelt wissen will, sondern sie aus dem Prinzip der Naturalherstellung ableitet[1]). Hier ist die Unterlassungsklage also wiederherstellender, nicht vorbeugender Natur und als Wiederherstellungsklage eine Form der Schadensersatzklage. Es kann sich also nicht um die „vorbeugende" Unterlassungsklage handeln. Wir müssen aber auf Oertmann's Ansicht eingehen, weil Oertmann im Grunde genommen auf dasselbe hinauswill, wie die Vertreter anderer Anschauungen. Er unterscheidet drei Fälle:

1. Die zu unterlassende Handlung liegt bereits abgeschlossen vor und eine Wiederholungsgefahr besteht nicht. z. B. X. hat einmal das Eigentum des A. verletzt, hier ist ganz selbstverständlich, daß eine Unterlassungsklage keinen Sinn hat, denn diese nur einmal bewirkte Handlung macht die Erfüllung der Unterlassungspflicht unmöglich. Der Verletzte ist auf die Schadensersatzklage (§ 823 BGB.) angewiesen.

2. Die zu unterlassenden Handlungen gehören der Zukunft an. Hier liegt ein Schaden noch nicht vor und der Unterlassungsanspruch wäre präventiv. Ein Unterlassungsanspruch läßt sich aber nach Oertmanns Ansicht „aus einer unerlaubten Handlung als rechtsbegründender Tatsache" nicht herleiten, sondern allenfalls aus einem absoluten Recht, sofern die Voraussetzungen der §§ 12, 1004 erfüllt sind.

3. Dazwischen nun, führt Oertmann aus, liege ein mittleres Gebiet dann vor, wenn die zu unterlassende Handlung der Gegenwart angehöre. Dies könne bei einheitlichen Dauer-

[1]) Oertmann, DJZ. 04, S. 616 ff.

handlungen wie Freiheitsbereitung, Störung durch Bordellbetrieb, aber auch bei einer Mehrheit von Handlungen, die aber durch einen einheitlichen Plan und Zweck zusammengehalten werden und den Tatbestand eines einzelnen Deliktes bilden, der Fall sein.

Hier will Oertmann Schadenersatz durch die Gewährung einer Unterlassungsklage geben, die nach § 249 BGB. den Zustand wiederherstellen soll, der vor der schädigenden Handlung bestand. Er will die Unterlassungsklage nicht als solche gewähren, sondern nur als Mittel zur Beseitigung der eingetretenen Schädigung, „denn," so führt er aus, „offenbar ist der geschilderte Zustand der Unruhe und Unsicherheit in derartigen Fällen schon häufig als Schaden zu erachten," wenn nicht als ökonomischer so doch als moralischer, dessen Ersatz durch § 253 BGB. nicht gehindert werde. Diese Oertmann'sche Theorie hat einige Anhänger in der Literatur gefunden [1]). Sie wird in eigenartiger Weise fortgebildet von Lesser [2]). Dieser führt aus, es sei grundsätzlich richtig, daß die Unterlassungsklage ein geeignetes Mittel sei, die Unruhe und Unsicherheit des Verletzten zu beseitigen. Er wirft der Oertmann'schen Theorie aber vor, daß es in den meisten Fällen sehr fraglich sei, ob die Unruhe und Unsicherheit in Kausalzusammenhang mit der bereits geschehenen unerlaubten Handlung stehe. Es könne zwar sein, daß lediglich aus der Tatsache der Begehung einer unerlaubten Handlung eine Wiederholungsgefahr zu folgern sei, meist jedoch sei die Rechtsunsicherheit durch das drohende Verhalten des Verletzers hervorgerufen. Während nur Oertmann in der Tatsache einer gegenwärtigen unerlaubten Handlung eine für den Unterlassungsanspruch rechtsbegründende Tatsache sieht, versucht Lesser nachzuweisen, daß auch in der bloßen Androhung einer unerlaubten Handlung schon eine genügende Verletzung zu erblicken sei, indem er ausführt, daß in der Androhung einer unerlaubten Handlung diese selbst liegen könne, ähnlich wie die Weigerung der Erfüllung eines Vertrages der Nichterfüllung

[1]) Staudinger, Vorbem. VII 4, zu § 823 ff. RGR. Komm. Vorbem. 6 b, zu § 823 ff.

[2]) Arch. f. Bürg. Recht Bd. 38, S. 110 ff.

gleichzusetzen sei. Letztere, auch in Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Ausdruck gekommene Gleichsetzung, will er analog auf die Verletzung des „rechtlich geschützten Interesses, nicht durch unerlaubte Handlungen verletzt zu werden,“ anwenden. Lesser kommt auf diesem Wege zu dem immerhin kuriosen Ergebnis, daß die Androhung einer unerlaubten Handlung bereits zum Schadensersatz verpflichtet. Schadenersatz wird hier auf Grund des § 249 durch Unterlassung der angedrohten unerlaubten Handluug geleistet.

Auch das Reichsgericht hat in seiner Enscheidung des VI. Ziv. Sen. vom 28. September 1911 [1]) eine Unterlassungsklage auf Grund des § 249 BGB. dann für möglich erachtet, wenn durch eine „vorausgegangene unerlaubte Handlung des Beklagten ein, den klagenden Teil dauernd schädigender Zustand geschaffen wird, der durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störung beseitigt wird“. Erforderlich sei, daß die Wiederholung zu befürchten sei und der Eingriff den vollen objektiven und subjektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfülle. In früherer Entscheidung hatte es ausdrücklich die Verwertung der §§ 249 ff. für die Gewährung einer Unterlassungsklage im Sinne der Wiederherstellungsklage abgelehnt [2]).

Die beiden Entscheidungen widersprechen sich; auch ist die erstere reichlich unklar. Wenn durch eine unerlaubte Handlung ein dauernd schädigender Zustand geschaffen werden soll, so ist, wenn überhaupt eine Unterlassungsklage in Frage kommt, auch eine dauernde Störungshandlung notwendig, denn sobald die Störung aufhört, hört auch der schädigende Zustand auf. Dies ist nicht mit dem Fall zu verwechseln, daß durch eine einmalige Störung ein bleibender Schaden angerichtet worden ist. Das kann das Reichsgericht unter „dauernd schädigender Zustand“ nicht verstanden haben. Ein solcher wird z. B. durch Dauerdelikte erzeugt. Es ist hier an Freiheitsberaubung zu denken, auch der dauernde Betrieb eines Bordells kann einen dauernd schädigenden Zustand bewirken. Hier ist dem Reichsgericht und

[1]) RGE. Bd. 77, S. 219.
[2]) RGE. Bd. 48, S. 119.

Oertmann zuzustimmen, wenn sie hier die Wiederherstellungsklage in Form der Unterlassungsklage gewähren. Denn hier wird der Zustand, der ohne die schädigende Handlung bestehen würde, dadurch wiederhergestellt, daß diese unterlassen wird. Wir können aber hier nicht von einer vergangenen unerlaubten Handlung und der Befürchtung der Wiederholung sprechen, viel mehr muß ein Dauerzustand, also ein solcher, der in der Gegenwart gegeben ist, vorliegen. Deshalb kann hier der Gesichtspunkt einer Wiederholungsgefahr nicht ausschaggebend sein. Allerdings wirkt ein Unterlassungsurteil mit der Androhung einer Strafe für jede Wiederholung auch für die Zukunft. Der Sinn dieser, auf § 249 BGB. begründeten Klage kann aber nur sein, den gegenwärtigen Schaden zu beseitigen; die Wirkung für die Zukunft ist nur eine notwendig mit dem Unterlassungsurteil verbundene Begleiterscheinung. Auch kommt dieser auf § 249 BGB. begründete Unterlassungsanspruch nur da in Frage, wo der schädigende Zustand durch eine Unterlassung und nicht durch eine Handlung, z. B. Wiederherstellung eines zerbrochenen Zauns, aufgehoben und der frühere wieder hergestellt wird.

Nur insoweit können wir eine Unterlassungsklage aus § 249 BGB. anerkennen. Diese Klage ist ausgleichender Natur wie aller Schadenersatz und hat als Schadenersatzklage notwendigerweise auch deren grundsätzliche Voraussetzungen: Widerrechtliche schuldhafte Verletzung. Sie ist also nicht vorbeugender Natur und mit der quasi negatoria nicht zu vergleichen. Ablehnen müssen wir aber die weitergehende Ansicht Oertmanns, in dem durch die Befürchtung der Wiederholung einer unerlaubten Handlung hervorgerufenen Zustand der Unruhe und Unsicherheit einen Schaden zu sehen. Die Unruhe ist nicht der Schaden selbst, sondern sie wird durch die Befürchtung, daß ein Schaden eintreten könnte, hervorgerufen. Die Voraussetzung einer Schadenersatzklage ist aber ein bereits eingetretener Schaden; außerdem sind Unruhe und Unsicherheit ganz subjektive Begriffe, die bei den einzelnen Rechtssubjekten ganz verschieden sind. Deshalb dürfte ein Unterlassungsurteil, in welchem dem Verletzer für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe angedroht wird,

noch keineswegs ein absolut geeignetes Mittel sein, diesen Schaden (also die Unruhe und Unsicherheit) zu beseitigen. Ergibt sich schon aus diesen Erwägungen die Unhaltbarkeit der Oertmann'schen Ansicht, so ist damit erst recht die Ansicht Lessers hinfällig, der schon den, durch die bloße Androhung einer unerlaubten Handlung hervorgerufenen Zustand der Unruhe als einen Schaden ansehen will. Abgesehen davon, können wir nicht in der bloßen Androhung einer unerlaubten Handlung diese selbsi sehen. Das ist schon rein logisch ein Widerspruch in sich. Außerdem muß ein realer Schaden vorliegen und es ist nicht angängig, die Androhung eines Schadens schon als einen solchen zu bezeichnen. Deshalb ist Lesser's Analogieschluß aus dem Vertragsrecht zu verwerfen. Wo würde es hinführen, wenn jede Androhung einer Schadenszufügung, die doch im praktischen Leben recht häufig vorkommt und nur in den seltensten Fällen zum Eintritt des Schadens selbst führt, schon eine Schadenersatzklage begründen sollte. Und wenn Lesser sagt, daß seine Ansicht sich am wenigsten von dem System des Gesetzes entferne, so ist das wohl richtig; aber dem System wird dadurch Zwang angetan, daß vorbeugender Rechtsschutz, und nur um solchen kann es sich hier handeln, in ausgleichenden künstlich umgedeutet wird.

Somit bleibt für die Begründung einer Unterlassungsklage aus § 249 BGB. nur die oben entwickelte schmale Basis, die dem Bedürfnis nach vorbeugenden Rechtsschutz in keiner Weise gerecht wird.

§ 5. Theorie Hellwig's.

Hellwig beschäftigt sich in seinem Werk: Anspruch und Klagrecht „mit der Unterlassungsklage im Zusammenhang mit § 259 ZPO [1]). Dieser lautet: „Klage auf künftige Leistung kann außer in den Fällen der § 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde". Hieraus folgert Hellwig, daß nach dieser Vorschrift in einer Reihe von Fällen Klage auf Unterlassung (als zukünftige Leistung)

[1]) S. 387–398.

erhoben werden könne. Man geht nun fehl, wenn man annimmt, daß Hellwig auf Grund des § 259 ZPO. eine materielle Erweiterung der Unterlassungsansprüche vornehmen will oder gar in § 259 ZPO. die Grundlage für eine allgemeine vorbeugende Unterlassungsklage sieht, wie Eltzbacher und Stephan zu Unrecht annehmen [1]). Hellwig unterscheidet scharf zwischen materiellen und prozessualen Klagvoraussetzungen [2]). Auch nach Hellwig's Ansicht ist die materielle Grundlage einer Unterlassungsklage ein Unterlassungsanspruch, und § 259 ZPO. kann nur die prozessualen Voraussetzungen dieser, materiell sich auf einen Unterlassungsanspruch stützenden Klage regeln. Da Unterlassung Leistung im Sinne des § 242 BGB. ist, so bezieht sich nach seiner Ansicht § 259 ZPO. auch auf die Unterlassung, und da man nur auf eine zukünftige Unterlassung klagen kann, weil eine in der Vergangenheit liegende Unterlassungspflicht entweder erfüllt oder unmöglich geworden ist, so regelt nach Hellwig der § 259 ZPO. ganz generell die Klagvoraussetzungen aller Unterlassungsklagen. Dadurch setzt nach seiner Ansicht § 259 ZPO. als jüngere Norm eine Reihe von Vorschriften des materiellen Rechts außer Kraft. Dies sind die Paragraphen 12, 862 I. 1004 (1017, 1027, 1065, 1090 II, 1227, 1134 BGB). Hellwig sieht in diesen Vorschriften nicht die Fundierung des materiellen Anspruchs, diese ergebe sich schon aus der Natur der absoluten Rechte. Vielmehr seien in diesen §§ nur die Klagvoraussetzungen der Unterlassungsklage geregelt. Diese Voraussetzungen seien aber andere als die des § 259 ZPO. In den obengenannten Vorschriften heißt es fast regelmäßig: Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Verletzte auf Unterlassung klagen; d. h. es muß also schon eine Verletzung vorliegen, ehe auf Unterlassung geklagt werden kann. Davon könne in § 259 ZPO. keine Rede sein. Hier genüge es schlechthin, daß die Besorgnis gerechtfertigt sei, der Schuldner werde sich der rechtzeigen Leistung entziehen, d. h. er werde im gegebenen Falle nicht unterlassen. Allerdings wird durch diese

[1]) Eltzbacher S. 85, Stephan S. 61.

[2]) Hellwig, Lehrbuch S. 150.

Auffassung der Unterlassungsklage ein weiteres Feld eröffnet, als wenn man sich streng an die oben zitierten, angeblich außer Kraft gesetzten Vorschriften halten würde. Aber diese Erweiterung liegt nur in der Vereinfachung der Klagvoraussetzungen; von einer Vermehrung der Unterlassungsansprüche und einer dadurch herbeigeführten Erweiterung der Unterlassungsklagen kann keine Rede sein.

Vereinzelt hat Hellwig Zustimmung gefunden[1]). Wir können uns seiner Ansicht nicht anschließen. Die Beweisführung, daß durch § 259 ZPO. keine neuen materiellen Klaggrundlagen geschaffen werden, erübrigt sich, da sich dies schon aus dem Vorgehenden ergibt, denn im § 259 ZPO. ist nur von der Klage auf künftige Leistung die Rede. Diese setzt aber eine Leistungspflicht voraus, die sich nur auf materielle Vorschriften gründen kann, aber auch die übrigen Ausführungen Hellwig's sind unhaltbar. Es ist nicht einzusehen, inwiefern §!259 ZPO. eine Reihe wichtiger Vorschriften des BGB. außerkraft setzen sollte. Die so ZPO. Novelle mit den §§ 258, 259 und das BGB. sind zu gleicher Zeit in Kraft getreten. Sie sind das Ergebnis der Beratung ein und derselben Kommission, die im BGB. die Klagbarkeit der Unterlassungsansprüche in einer Reihe von Fällen (§§ 12, 550, 862, 1004, 1053, 1134 und mittelbar auch in den §§ 1017, 1027, 1065, 1090, 1227 BGB.) aufs Genauste geregelt hat. Man kann hier kaum zu der Auffassung kommen, daß diese Kommission diese Vorschriften schon vor ihrem Inkrafttreten hat aufheben wollen. Auch nötigt der Wortlaut dieser §§ in keiner Weise dazu, anzunehmen, daß dieses wenigstens unabsichtlich geschehen sei. Und kann man wirklich die Novelle zur ZPO. als jüngeres Gesetz bezeichnen? Unserer Ansicht nach ist in Art. 1 EG. zum BGB. das gleichzeitige Inkrafttreten mit dem BGB. betont, und dadurch bewußt die Gleichaltrigkeit beider Gesetze festgelegt[2]). Dann aber wären die obengenannten §§

---

[1]) Wendt, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92, S. 85; Allfeld, Lit. Urh. Ges. S. 217; Seuffert, ZPO Note 2 zu § 259.

[2]) Vergl. Stein: Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. S. 120.

Spezialvorschriften gegenüber der allgemeinen Norm des § 259 ZPO. Außerdem muß notwendigerweise auffallen, daß in sämtlichen Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich Unterlassungsansprüche gibt, auch die Klagvoraussetzung der auf Grund des Anspruchs gegebenen Klage genau bestimmt sind und zwar, wie schon oben erwähnt, durchweg in der Art, daß wenigstens eine Verletzung der Unterlassungspflicht schon abgeschlossen vorliegen muß, was bei § 259 ZPO. nicht der Fall ist, denn von „weiteren Beeinträchtigungen" (§ 12 etc. BGB.) kann man nur sprechen, wenn eine Beeinträchtigung schon erfolgt ist. Dies führt uns zu der Annahme, daß in § 259 ZPO. die Unterlassungspflichten gar nicht miteinbegriffen sind. Wenn auch in seinen Definitionen § 194 und § 241 das BGB. die Unterlassung, genau wie die positive Handlung, als Leistung auffaßt, so enthält das BGB. doch eine ganze Reihe Vorschriften, die sich nur auf positive Leistungen beziehen und nur auf diese anwendbar sind. So z. B. § 210: „Der Gläubiger kann die Zwangsvollstreckung auf eine der mehreren Leistungen richten, der Schuldner jedoch, solange er die von ihm gewählte Leistung weder ganz, noch zum Teil empfangen hat, sich auch durch Bewirkung der anderen Leistungen befreien." Man kann wohl kaum davon reden, daß man eine Unterlassung „empfangen oder „bewirken" kann. § 210 BGB. paßt deshalb nicht auf Unterlassungen. Aehnlich ist übrigens fast der ganze allgemeine Teil des Rechts der Schuldverhältnisse nur auf positive Leistungen zugeschnitten [1]). Man vergl. nur die §§ 224, 237, 254 usw. Ebenso muß dies für die Vorschriften der ZPO. gelten, deren Wortlaut schon darauf hindeutet, daß man bei ihrer Abfassung nur an positive Leistungen gedacht hat. Wir schließen uns der Ansicht Stein's und Fischer's [1]) an, daß es schon eine ziemliche Begriffsdisziplin erfordert, eine Unterlassung als Leistung zu betrachten; unmöglich ist es uns aber, bei Unterlassungen als wiederkehrende Leistungen (wir haben nur die Dauerunterlassung, nicht die aus Vertrag sich ergebende, einmalige Unterlassungspflicht im Auge und diese ist vom Stand-

[1]) Vergl. zu diesen Ausführungen Fischer: Recht und Rechtschutz, S. 82, Stein S. 121.

punkt des einzelnen Unterlassungsmoments als wiederkehrende Unterlassung zu bezeichnen) in § 258 ZPO. von einer Klage „auf künftige Entrichtung" der Unterlassung oder in § 259 ZPO. von der Besorgnis, daß der Schuldner, sich der rechtzeitigen Leistung der Unterlassung entziehen werden, zu sprechen. Diese Ausdrücke zeigen deutlich, daß hier nur eine positive Leistung gemeint sein kann, umsomehr, als die Klagvoraussetzungen der Unterlassungsklage in allen, überhaupt im BGB. zum Ausdruck gelangten Fällen, besonders statuiert sind[1]).

Ferner ist die Tendenz der §§ 258, 259 ZPO. eine ganz andere, als die der vorbeugenden Unterlassungsklage. Die quasi negatoria ist vorbeugender Natur, d. h. sie will den Eintritt einer Störung und eines Schadens verhindern. Dies geschieht dadurch, daß dem Verletzer für weitere Verletzungen nach § 890 ZPO. eine Geld- oder Haftstrafe angedroht wird, die den Zweck hat, den Verletzer psychisch dahin zu beeinflussen, weitere Störungen zu unterlassen. Die Strafe hat hier als einzigstes Mittel, das es gibt, um Unterlassungen irgendwie herbeizuführen, oder, besser gesagt, verbotene Handlungen zu verhindern, vorbeugenden und abschreckenden Charakter[2]). § 259 hat aber keinen vorbeugenden Zweck. Er soll nicht dazu dienen, eine drohende Rechtsverletzung zu verhindern, sondern dazu, einen Anspruch bei Fälligkeit möglichst schnell durchzusetzen, indem durch vorweg genommene Klage und Urteil bei eintretender Fälligkeit gleich die Mittel der Zwangsvollstreckung bereitgestellt werden. § 259 ZPO. bezweckt also, möglichst schnell eine nichtbewirkte Leistung zwangsweise durchzuführen, also den dadurch bewirkten unrechtmäßigen Zustand auszugleichen. Ausgleichung ist aber bei einer Unterlassung nicht möglich, da bei nicht rechtzeitiger und ordnungsmäßiger „Leistung" der Unterlassung diese unmöglich geworden ist. Die vorweggenommene Klage nach § 258, 259 ZPO. ist also ausgleichender und nicht vorbeugender Natur[3]).

---

[1]) So auch Stein, S. 121.

[2]) Es ist unverständlich, wie Béranger S. 49—50 dies leugnen kann.

[3]) Wie hier Eltzbacher 89, Langheinicken S. 248—261, Stephan S. 62 ff., Manhardt, DJZ. 1903 S. 416, Blume S. 396 ff.

A priori indiskutabel ist das hier angeschnittene Problem, wenn man annimmt, daß der Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht erst mit der Zuwiderhandlung entsteht, was natürlich Hellwig nicht tut, denn dann existiert noch gar kein Anspruch auf Unterlassung vor einer Zuwiderhandlung; also ist auch keine Besorgnis der künftigen Leistungsentziehung eines Unterlassungsschuldners denkbar. Es erübrigt sich, auf die rein theorethische Frage einzugehen, wann der Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe bei den absoluten Rechten entsteht, ob erst mit der Verletzung oder schon mit der Entstehung des Rechts [1]). Man kann vielleicht beide Meinungen vertreten. Für das Problem der vorbeugenden Unterlassungsklage hängt praktisch von der Lösung dieser Frage nichts ab, denn klagbar werden die Unterlassungsansprüche aus absoluten Rechten erst mit der Zuwiderhandlung. Vorher fehlt es überhaupt an einer bestimmten, passiv legitimierten Person [2]).

Aus diesen Gründen kann weder materiell eine Unterlassungsklage auf § 258, 248 ZPO. gestützt werden, noch sind in diesen Vorschriften die Klagvoraussetzungen einer quasi negatoria geregelt.

§ 6. Die Begründung der vorbeugenden Unterlassungsklage auf Grund des Persönlichkeitsrechts.

Wir haben bisher die Stellungnahme des Reichsgerichts geprüft und die Meinungen, die in der Wissenschaft vertreten sind, erwogen, ohne zu einem irgendwie befriedigenden Ergebnis zu kommen. Und doch ist das Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz in unserer hochentwickelten Zeit großzügigsten Verkehrs so brennend und im Gegensatz dazu der Ausbau der vorbeugenden Unterlassungsklage noch so unvollkommen, daß wenn auch nur irgendeine Möglichkeit besteht, eine allgemeine Unterlassungsklage zu konstruieren, wir diese ergreifen müssen.

Wir betonten schon mehrfach, daß eine analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. auf subjektiv absolute Privatrechte

---

[1]) vergl. dazu unsere Ausführungen I. § 1.

[2]) Stein, S. 117.

möglich ist. Wir stellten fest, daß in den §§ 12, 1004 BGB. das Prinzip enthalten ist, den absoluten Rechten die vorbeugende Unterlassungsklage zum Schutz gegen Störungen an die Seite zu stellen. Die absoluten Rechte sind Ausschlußrechte, d. h. sie wollen den Träger einen gewissen Herrschaftsbereich sichern und jeder Eingriff in diesen Herrschaftsbereich soll durch entsprechende Schutzmittel abgewehrt oder, wie in unserem Falle, durch eine vorbeugende Unterlassungklage überhaupt verhindert werden. Es handelt sich nun für uns darum, zu untersuchen, ob außer den im Gesetz ausdrücklich genannten, noch weitere Ausschlußrechte zu konstruieren sind, auf die dann die quasi negatoria analog den §§ 12, 862, 1004 BGB. anzuwenden wäre.

Hier weist uns die moderne Rechtsentwickelung auf den Weg der Persönlichkeitsrechte. Ein in vieler Beziehung vorbildlichen Weg hat das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907, eins der besten und modernsten Zivilgesetzbücher, in seinem Artikel 28 eingeschlagen. Dieser lautet: „Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen. Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in den in dem Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig".

Mit Recht begrüßt Specker[1]) den Artikel 28 mit den Worten: „Mögen Leben und Technik sich in staunenerregender Weise entwickeln, nach Seiten der persönlichen Güter vermag Artikel 28 Ziv. Ges. B. dem wechselnden Zeitbewußtsein in schrankenloser Weise Raum zu gewähren"[2]).

Es liegt auf der Hand, daß durch diese Vorschrift ein weitreichender Persönlichkeitsschutz geschaffen ist. Schulz-Schaeffer[3]) ist zwar der Ansicht, daß der Gesetzgeber durch eine derartige Generalklausel für ein weites Gebiet der Rechtsentwicklung das Heft aus der Hand gebe und einen Zustand der Rechtsunsicherheit schaffe, der die Unbefangenheit des Lebens beeinträchtige. Es mag dahingestellt bleiben, ob dies zutreffend

[1]) Specker, Die Persönlichkeitsrechte, S. 5. 51.
[2]) vergl. Schultz-Schäffer, S. 137.
[3]) Seite 138.

ist. Jedenfalls kann eine vernünftige Rechtsprechung auf Grund dieses Artikels dem Bedürfnis unserer Zeit nach vorbeugendem Rechtsschutz voll und ganz gerecht werden, und es ist überhaupt nicht einzusehen, inwiefern die Rechtsunsicherheit eine größere sein soll, wenn der vorbeugende Schutz eine derartige Generalvorschrift als Grundlage hat, als wenn er überhaupt ohne Vorschrift gewährt wird, wie es in unserer Rechtsprechung geschieht, wo das Rechtsgericht den vorbeugenden Rechtsschutz mühsam konstruieren muß und diese Konstruktion durch einen Beschluß der vereinigten Zivilsenate jederzeit abändern kann.

Wenn nun auch in unserem Recht von einem „Persönlichkeitsrecht" nirgendwo die Rede ist, so kommt dennoch auch in unserem Gesetz ein Recht der Persönlichkeit zum Ausdruck. Allerdings nicht in der Form eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts derart, daß schon allein aus dem Recht des Menschen, als Person zu gelten, ein allgemeines Persönlichkeitsrecht folgt, das darauf geht, in der Person nicht verletzt zu werden [1]). Den Bestand eines solchen unbeschränkten Persönlichkeitsrechts hat auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 7. 11. 1908 verneint [2]). Es handelt sich in diesem Urteil um den Schutz der Briefe Nietzsche's vor Veröffentlichung auf Grund eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das Reichsgericht argumentiert in diesem Urteil folgendermaßen: Eine allgemeine subjektive Persönlichkeit ist dem gelten Bürgerlichen Rechte fremd. Es gibt nur besondere, gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte, wie das Namensrecht, das Warenzeichenrecht, das Recht am eigenen Bild, die persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts. Ein Persönlichkeitsrecht an den eigenen Briefen . . . . ist bisher nicht durchgedrungen. „Hier ist dem Reichsgericht insoweit zuzustimmen, als es den Bestand des von uns oben erwähnten, unbeschränkten Persönlichkeitsrechts verneint. Es besteht keine Möglichkeit, aus unserem Gesetz heraus ein allgemeines unbeschränktes, von den einzelnen Gesetzesvorschriften unabhängiges

---

[1]) vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 702 ff.

[2]) Rechtsgerichtsentscheidung Bd. 69, S. 401.

Persönlichkeitsrecht zu konstruieren [1]). Ein solches würde auch gänzlich unbestimmt sein und kein sicheres Rückgrad für eine eindeutige, rechtssichere Rechtssprechung abgeben. Andererseits weisen eine Reihe von Vorschriften unseres Gesetzes darauf hin, daß, wenn auch kein allgemeines Persönlichkeitsrecht besteht, doch wenigstens ein beschränktes Persönlichkeitsrecht oder eine Reihe einzelner Persönlichkeitsrechte zu konstruieren sind. Es handelt sich hier um die vielen Vorschriften, die den Schutz der Persönlichkeit bezwecken und dadurch mittelbar die Persönlichkeit anerkennen. So schützt z. B. § 823 I BGB. Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit der Persönlichkeit in ihrem Bestehen. Ferner schützt § 185 ff. St. G. B. die Ehre der Person, § 824 BGB. den Kredit. § 826 schützt die Person in vielen anderen Beziehungen gegen unsittliche Schadenszufügung. Hier ist allerdings zu beachten, daß der Tatbestand des § 826 BGB. noch weiter geht, indem er nicht nur die Persönlichkeit, sondern auch das Vermögen schützt. § 1 UWG. schützt die freie Ausübung des Gewerbebetriebs einer Person usw. Es gibt nun, wie wir oben schon andeuteten, zwei Möglichkeiten, zum Persönlichkeitsrecht zu gelangen. Entweder man konstruiert aus diesen Vorschriften eine Reihe einzelner Persönlichkeitsrechte, z. B. ein Recht auf Ehre, auf Freiheit, oder aber man konstruiert ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, daß aber nicht wie bei dem oben erwähnten aus dem Recht als Person anerkannt zu werden, sondern ebenfalls aus denselben konkreten Gesetzesvorschriften abzuleiten ist. Aus dem Umstand, daß die Persönlichkeit nur in beschränktem Umfang durch Schutzvorschriften geschützt ist, ergibt sich, daß dieses allgemeine Persönlichkeitsrecht auch nur ein beschränktes sein kann. Den ersten Weg geht Schulz-Schaeffer in seinem Werk „Das subjektive Recht im Gebiete der unerlaubten Handlung". Er geht von der Befehlsnatur des Rechts von seinem imperativischen Charakter aus und definiert das subjektive Recht als Imperativpotenz. Ueberall da, wo die Möglichkeit eines Rechtssubjekts besteht, einem Andern zu be-

[1]) Ebenso Enneccerus § 173; Planck I, S. 52, II S. 606; Kossack I S. 100 Schultz-Schaeffer S. 39, a. A. Dernburg Lehrbuch S. 51.

fehlen:, Du sollst oder Du sollst nicht, besteht nach Schulz-Schaeffer eine solche Imperativpotenz, und diejenigen Imperativpotenzen, die den Menschen in seinem physischem Bestande schützen, sind nach seiner Ansicht Persönlichkeitsrechte. Das Eigentümliche dieser Persönlichkeitsrechte ist der Umstand, daß es ihnen an einem eigentlichen Rechtsobjekt fehlt und der eigene Körper das Objekt des Rechts ist, wobei Schulz-Schaeffer das Recht „am eigenen Körper" streng von sachenrechtlichen Vorstellungen scheidet. In demselben Sinne versteht Schulz-Schaeffer unter dem „sonstigen Recht eines Anderen" in § 823 Abs. 1 BGB. solche Imperativpotenzen, die mittelbar oder unmittelbar aus dem Gesetz abzuleiten sind. So kommt er dazu, in dem zweiten Teil seiner Schrift eine Reihe derartiger Imperativpotenzen aus dem Gesetz herauszuschälen, die dann einzelne Persönlichkeitsrechte bilden, wie das Recht am eigenen Körper, das Recht auf Freiheit, Ehre, Namen usw.

Es ist zuzugeben, daß auf diese Weise eine Reihe subjektiv absoluter Rechte sich konstruieren lassen, auf die in analoger Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. gegen Störungen eine vorbeugende Unterlassungsklage anzuwenden wäre.

Wir möchten aber dennoch den andern oben gezeigten Weg gehen. Nicht als wollten wir die Richtigkeit und Logik der Ausführungen Schulz-Schaeffer's bestreiten. Dies wäre insofern müßig, als es sich hier, wie überhaupt bei der Fassung unseres Problems von dieser Seite, um eine Konstruktion handelt, die vielleicht richtig, aber nicht mit absoluter Notwendigkeit zwingend ist, und letzten Endes in einem Bedürfnis nach einer derartigen Konstruktion ihren Ursprung hat. Da aber gerade die Bedürfnisfrage unser Ausgangspunkt ist und wir in erster Linie eine möglichst umfassende Anwendung der quasi negatoria im Auge haben, scheint uns die andere Konstruktion zweckmäßiger zu sein, da sie der vorbeugenden Unterlassungsklage einen weiteren und trotzdem eng an das Gesetz sich anschließenden Rahmen verschafft.

Wir erwähnten schon oben, daß man aus den vielen Vorschriften, die den Schutz der Persönlichkeit bezwecken, ein Per-

sönlichkeitsrecht ableiten kann und zwar ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, dem aber nur beschränkte Auswirkungsmöglichkeiten verliehen sind. Das Hauptargument für diese Ansicht ergibt sich aus § 823 1 BGB. In § 823, Abs. 1 ist als einziges unumstrittenes absolutes Recht das Eigentum genannt, in engster Verbindung, ja in demselben Satze sind mit dem Eigentum gleichgestellt das Leben, der Körper, die Gesundheit und die Freiheit. Diese werden also gerade so behandelt, wie die dinglichen und absoluten Rechte, d. h. ihre schuldhafte Verletzung begründet einen Schadenersatzanspruch. Damit haben Leben, Körper, Gesundheit und die Freiheit noch nicht dieselbe juristische Struktur wie das Eigentum, und es bedarf immerhin des Umweges über die Imperativpotenz Schulz-Schaeffer's, um sie als Persönlichkeitsrechte erkennbar zu machen. Es ist also begrifflich zwischen Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit einerseits und dem „Eigentum und den sonstigen Rechten" zu scheiden. Betrachten wir nun erstere für sich, so ergibt sich, daß es sich dabei um Attribute der Persönlichkeit handelt und zwar speziell um solche, die besonders schutzwürdig und schutzbedürftig sind. Der umfassendere Begriff, der die vier genannten in sich vereinigt, ist die Persönlichkeit. Diese ist der eigentliche Kern der Sache und diese wird nun in ihren wesentlichen Bestandteilen nach § 823, Abs. 1. ebenso geschützt, wie das „Eigentum und die sonstigen Rechte", also wie die dinglichen und subjektiv absoluten Rechte. Sie werden dadurch den Letzteren in gewisser Beziehung gleichgestellt. Es heißt nun nur noch einen Schritt weitergehen, wenn man daraus folgert, daß durch § 823, Abs. 1 der Persönlichkeit auch subjektiv absoluter Rechtscharakter zugelegt und damit ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannt wird. Daß im § 823, Abs. 1 BGB. nicht schlechthin an die Verletzung der Persönlichkeit eine Schadenersatzpflicht geknüpft ist, ist damit zu erklären, daß in unserem Rechtssystem die Persönlichkeit nur in bestimmten Beziehungen geschützt werden soll.

Auch Lehmann kommt zu dem Ergebnis, daß in den Einzelbegriffen Leben, Gesundheit, Körper und Freiheit es sich um die Persönlichkeit als solche handelt und daß durch die Zu-

sammenstellung mit den übrigen absoluten Privatrechten die Persönlichkeit als subjektiv absolutes Recht anerkannt ist[1]).

Man ist umsomehr zu dieser Interpretation berechtigt, als in § 823, Abs. 2 BGB. im Gegensatz zu § 823, Abs. 1 die rechtlich geschützten Interessen behandelt sind, die, wie wir schon früher ausführten, keine subjektiv absoluten Rechte sind. Was liegt näher, als daraus den Schluß zu ziehen, daß in § 823 Abs. 1 die absoluten Privatrechte, in Abs. 2 die rechtlich geschützten Interessen behandelt sind. Also handelt es sich in allen Fällen des § 823 Abs. 1 um subjektiv absolute Rechte, d. h. auch das im § 823 Abs. 1 enthaltene Persönlichkeitsrecht hat subjektiv absoluten Charakter.

Die vielen anderen Rechtsnormen, die den Schutz der Persönlichkeit bezwecken, z. B. viele Strafrechtsnormen, § 824 BGB., usw. sind eine Bestätigung der Richtigkeit dieser Konstruktion. Ist doch die enge Eingrenzung der Persönlichkeit mit Schutzvorschriften der erste Schritt auf dem Wege zum Persönlichkeitsrecht, ohne das die moderne Rechtsentwickelung nicht mehr auskommen kann, um dem gesetzlich gegebenen, meist ausgleichenden Rechtsschutz den vorbeugenden an die Seite stellen zu können.

Wir betonten schon eingangs unserer Ausführungen, daß es sich bei dieser Konstruktion nicht um ein unbeschränktes, uferloses Persönlichkeitsrecht handeln kann, sondern nur um ein bebeschränktes von bestimmtem Ausmaß. Was nun den Umfang dieses Persönlichkeitsrechts angeht, über den ja bisher nichts gesagt ist, so sind uns hier dieselben Vorschriften Erkenntnisquelle, wie diejenigen, die uns zur Auffindung des Persönlichkeitsrechts geführt haben. Dies waren in erster Linie § 823 BGB. und daneben alle die Schutzvorschriften unseres Rechtssystems, die den Schutz der Persönlichkeit bezwecken. Was liegt also näher, als den absoluten Schutz der Persönlichkeit soweit zu erstrecken, als mittelbar oder unmittelbar im Gesetz eine Schutzvorschrift, die den Schutz der Persönlichkeit bezweckt, vorhanden ist. Hierbei schließen wir uns streng an das Gesetz an, aus dem wir

[1]) Lehmann S. 128.

genau feststellen können, wann und inwieweit wir der Persönlichkeit den vorbeugenden Rechtsschutz gewähren können. Wir erreichen nämlich dadurch, daß wir ein subjektiv absolutes Persönlichkeitsrecht anerkennen, soweit der Schutz der Persönlichkeit nach dem Gesetze reicht, die Möglichkeit der analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004, die wir für diesen Fall schon früher nachgewiesen haben. Mit anderen Worten: „Wann und wo eine Vorschrift zum Schutze der Persönlichkeit besteht, ist durch die analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. die Möglichkeit gegeben, vorbeugend zur Verhinderung der in diesen Vorschriften verbotenen Handlungen auf Unterlassung zu klagen.

Das praktische Ergebnis dieser Konstruktion der vorbeugenden Unterlassungsklage ist ein durchaus brauchbares. Einerseits ermöglicht sie keine uferlose Ausdehnung der Analogie der §§ 12, 1004 BGB., andererseits wird sie dem weitaus größten Teile des Bedürfnisses nach vorbeugendem Rechtsschutz, dem Bedürfnis nach Persönlichkeitsschutz gerecht, insofern, als überall da, wo die Persönlichkeit durch Normen irgendwie geschützt ist, neben den ausgleichenden Schutz auch der vorbeugende Schutz auf Grund der Unterlassungsklage tritt. Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit (§ 823, I. BGB.) Ehre (185 ff. Str. G. B.) Briefgeheimnis (§ 354 StGB.) Kredit (§ 824 BGB.) der Persönlichkeit sind unter Anderem auf diese Weise durch die vorbeugende Unterlassungsklage gegen Verletzung geschützt. Aus diesem Grunde ist unsere Konstruktion zweckmäßiger als die Schulz-Schaeffer,s, der in seiner Abhandlung: „Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung" eine Reihe einzelner Persönlichkeitsrechte konstruiert. Wendet man auf diese die §§ 12, 1004 BGB. analog an, so ergibt sich zwar die Möglichkeit einer Ausdehnung der vorbeugenden Unterlassungsklage, aber in einem zu begrenzten Umfange; z. B. würde nach Schulz-Schaeffer, da er kein Recht auf Geheimhaltung anerkennt, kein vorbeugender Schutz gegen unbefugte Brieföffnung gegeben sein, wofür doch ein erhebliches Bedürfnis vorliegt. Derartige Beispiele könnte man beliebig vermehren.

Zur besseren Uebersicht stellen wir das so gewonnene Ergebnis nochmals kurz den anderen aktuellsten Theorien über die allgemeine vorbeugende Unterlassungsklage gegenüber.

Das Reichsgericht deduziert: Die §§ 823 ff. verbieten die darin schadensersatzpflichtig gemachten Handlungen. Dem Sinne nach ist auch ein Unterlassungsanspruch in ihnen enthalten. Hierbei wird übersehen, daß die Grundlage eines Unterlassungsanspruchs nur ein Recht sein kann (vergl. die §§ 12, 1004 BGB.) und in § 823 Abs. 2 die nur rechtlich geschützten Interessen den Rechten ausdrücklich gegenüber gestellt werden. Das Reichsgericht macht daher den Fehler, die rechtlich geschützten Interessen den Rechten gleich zu stellen. Praktisch führt diese Konstruktion, wenn man sie logisch zu Ende denkt, zu einer uferlosen Ausdehnung der Unterlassungsklage bis zur Popularklage, sodaß das RG. als besondere Voraussetzung für die vorbeugende Unterlassungsklage den Nachweis eines Rechtsschutzbedürfnisses auffstellen mußte (worauf später einzugehen ist).

Eltzbacher geht dagegen von einem subjektiven Privatrecht aus, macht aber den Fehler, „in jeder Norm, die um jemandes willen andere einschränkt", ein solches Privatrecht zu sehen. Er macht denselben Fehler wie das Reichsgericht, er setzt rechtlich geschütztes Interesse dem Rechte gleich; nur konstruiert er anders. Praktisch bedeutet seine Theorie eine noch schrankenlosere Ausdehnung der Unterlassungsklage als sie schon nach der Konstruktion des RG. zulässig wäre.

Die anderen Theorien sind für die Konstruktion der vorbeugenden Unterlassungsklagen nicht von grundsätzlicher Bedeutung.

Vergleichen wir damit die hier gefundene Lösung des Problems. Zunächst ist die Konstruktion eines beschränkten Persönlichkeitsrechts durchaus einleuchtend. Die moderne Rechtsentwickelung geht seit langem dahin, die Persönlichkeit in ihrem Bestande und ihren Aeußerungen gewerblicher künstlerischer und geistiger Art immer mehr zu schützen. So entstanden die Gesetze zum Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb, die Literatur

und Kunsturhebergesetze, das Patentgesetz, Verlagsgesetz usw. Immer deutlicher wurden die Rechte der Persönlichkeit als solcher herausgebildet, sodaß es nur die Konsequenz und die logische Zuendeführung des in all diesen Bestimmungen zum Ausdruck gekommenen Grundgedankens ist, wenn man aus all diesen Vorschriften auch ein subjektiv absolutes Persönlichkeitsrecht schließt, dessen Konstruktion wie oben nachgewiesen, durchaus mit dem Gesetz in Einklang zu bringen ist.

Auch das RG. hat in einer der neuesten Entscheidungen einer Unterlassungsklage bei Verletzung des „Persönlichkeitsrechts als Ehefrau" (§ 823 I i. V. m. § 1355 BGB) stattgegeben. (Ein verheirateter Herr gab ein Fräulein anderen gegenüber als seine Ehefrau aus; die Ehefrau klagte auf Unterlassung) [1]) Obwohl nun das RG. dieses Persönlichkeitsrecht unter die „sonstigen Rechte" des § 823 BGB. faßt, die doch absoluten Charakter haben, benutzt es nicht die Analogie der §§ 12, 1004, wie es bei dem hier vorliegenden Ausschlußrecht das Gegebene wäre, sondern konstruiert, wie üblich, die vorbeugende Unterlassungsklage aus unerlaubter Handlung. Immerhin kommt es damit der hier vertretenen Auffassung schon einen Schritt entgegen.

Praktisch ist auf Grund des Persönlichkeitsrechts durch analoge Anwendung der §§ 12, 1004 BGB. für die erweiterte Anwendung der Unterlassungsklage ein durchaus brauchbarer und angemessener Rahmen gegeben, sodaß bei dieser Konstruktion keine „Inflation" von Unterlassungsklagen möglich ist, die die Folge von Eltzbacher's Konstruktion sein würde. Nur da, wo die Persönlichkeit in ihrem Bestande, ihren Aeußerungen und sonstigen Elementen (Freiheit, Ehre) durch Normen irgendwelcher Art geschützt ist, ist auf Grund des Persönlichkeitsrechts in Verbindung mit der analogen Anwendung der §§ 13, 1004 BGB. auch der vorbeugende Rechtsschutz in Form der Unterlassungsklage gegeben.

Wir fahren auf dem bisher befolgtem Wege fort und untersuchen, ob aus dem Persönlichkeitsrecht noch andere Anschlußrechte zu gewinnen sind. Es taucht die Frage auf, ob

[1]) VI 845/26 vom 23. VI. 1927 mitgeteilt in der D. A. Z.

man auf Grund der Vorschriften des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb ein subjektiv absolutes Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb konstruieren kann. Das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb enthält eine Fülle von Rechtsnormen, die dem Schutz des Gewerbebetriebs dienen. Anschließend an die Generalvorschrift des § 1 „wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden") wird gegen eine Reihe von Tatbeständen ein Unterlassungsanspruch gegeben (vergl. §§ 3, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14,); teils dieselben, teils andere Tatbestände werden unter Strafe gestellt (vergl. §§ 4, 6, 7, 8, 10, 12, 17, 18, UWG). Der Schutz, der dem Gewerbebetrieb durch diese Vorschriften zuteil wird, ist so umfangreich, daß er eine störungsfreie und ungehinderte Ausübung des Gewerbebetriebes gewährleistet. Die Gesamtheit dieser Schutzvorschriften bezweckt daher im Grunde genommen dasselbe wie § 1004 BGB. in Ansehung des Eigentums. Wie dieser das Eigentum gegen widerrechtliche Störungen schützen will, wollen die erwähnten Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, die Ausübung des Gewerbetriebes schlechthin schützen. Es liegt daher durchaus im Sinne des Gesetzes, aus diesem Umstande zu schließen, daß auch den Vorschriften des UWG. ein subjektives Recht zugrundeliegt, ebenso wie sich § 1004 BGB. auf das Eigentum gründet[1]). Es ist infolgedessen eine Unterlassungsklage auch da zu gewähren, wo sie nicht ausdrücklich gegeben ist, z. B. in den Fällen, wo lediglich eine Strafe angedroht wird[2]). Auch das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 27. II. 04[3]) ausdrücklich anerkannt, daß an dem bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein subjektives Privatrecht besteht

---

[1]) Zustimmend Rosenthal, Gruchot Bd. 63, S. 715. ff. vergl. auch Eltzbacher S. 76, Isay, Recht am Unternehmen 1910, a. A. Salinger Gruchot Bd. 62, S. 289.

[2]) Zu der Frage, ob hier ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist, vergl. Kap. III, § 4.

[3]) RGE. Bd. 58. S. 29.

und daß infolgedessen Eingriffe in den Gewerbebetrieb Anlaß zu negatorischer Abwehr bieten können. Auch in der Folgezeit hat das RG. an dieser Rechtssprechung festgehalten [1]).

Wenn außer den Fällen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts und des Gewerbebetriebes ein Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz vorhanden ist, so ist es das, gegen unsittliche Schadenzufügungen im Sinne des § 826 BGB. Wenn auch viele Fälle der Verletzung des Persönlichkeitsrechts unter § 826 BGB. fallen werden, so ist dieser doch insofern viel weiter, als er auch das Vermögen als solches schützt, dem sonst in seiner Gesamtheit kein Schutz zuteil wird. Auch in diesen Fällen besteht das dringende Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz. Wir haben schon früher nachgewiesen, daß sich aus § 826 BGB. unmittelbar kein Recht auf Unterlassung ergibt. Aber aus anderən Gesichtspunkten wird man hier zu einer vorbeugenden Unterlassungsklage kommen können. In § 1 UWG. wird der Gewerbebetrieb durch einen Unterlassungsanspruch gegen unsittliche Handlungen geschützt, die im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs vorgenommen werden. Aber nicht nur in dieser Vorschrift handelt es sich um Handlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen. Auch in den §§ 3, 6, 8, 10–14 UWG. wird der Gewerbebetrieb gegen Handlungen geschützt, die im Grunde genommen gegen die guten Sitten verstoßen, sodaß sie streng genommen schon unter § 1 fallen müßten, soweit sie in geschäftlichem Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes vorgenommen werden. An alle diese Tatbestände ist der Unterlassungsanspruch geknüpft. Hieraus ergibt sich die Tendenz des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, gegen alle unsittlichen Handlungen, soweit sie den Wettbewerb betrffen, die Unterlassungsklage zu gewähren. § 826 BGB. bezweckt ebenfalls den Schutz gegen unsittliche Handlungen, ohne indes die Unterlassungsklage gegen diese Handlungen zu gewähren. § 826 BGB. ist den Vorschriften des UWG. gegenüber die allgemeinere und weitere Norm.

[1]) vergl. RGE. Bd. 51, S. 373, Bd. 56, S. 265, Bd. 64, S. 55, Bd 65, S. 210, Bd. 70, S. 110, Bd. 77, S. 218, JW. 1901, S. 13, 808, 1803, S. 128–29, 1909 S. 494.

Ist aber gegen unsittliche Schädigungen im Gewerbebetrieb die vorbeugende Unterlassungsklage gegeben, so zwingt uns das dringende Bedürfnis nach Ausdehnung dieses Rechtschutzes selbst ohne Statuierung eines neuen Ausschlußrechts zur erweiterten Anwendung dieses Grundsatzes, der im UWG. bezgl. Gewerbebetriebes enthalten ist, auch auf die allgemeinen Fälle des § 826 BGB [1]). Zunächst spricht keine Vorschrift im Gesetz gegen diese erweiterte Anwendung. Andererseits kann man bei einer Gesamtbetrachtung der Vorschriften, die sich mit unsittlichen Schadenzufügungen befassen und unter die eine Reihe Vorschriften des Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (also des, gegenüber dem BGB. jüngeren Gesetzes) fallen, deutlich die Tendenz der modernen Rechtsentwicklung feststellen, gegen diese unsittliche Schadenzufügungen die vorbeugende Unterlassungsklage zu gewähren. Dieses Prinzip ist zwar in § 826 nicht wörtlich zum Ausdruck gekommen, weil es z. Zt. der Entstehung des BGB. nur unvollkommen entwickelt war. Das kann aber für uns kein Hindernis sein, denn so sagt Eltzbacher richtig: „Wir haben das Gesetz nicht so aufzufassen, wie es dem Gesetzgeber erschienen ist, sondern wie es einem vollkommenen Gesetzgeber erscheinen würde [2])." Die Tendenz des § 826 des BGB. geht auch dahin, die unsittlichen Schadenzufügungen zu verhindern. Wir folgen daher nur konsequent der modernen Rechtsentwicklung, wenn wir auch gegen die unsittlichen Schadenzufügungen des § 826 die vorbeugende Unterlassungsklage gewähren.

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis:

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist zu gewähren,

1. gegen rechtswidrige Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre, soweit dies rechtlich geschützt ist,

2. gegen rechtswidrige Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

3. gegen Handlungen, die den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllen.

---

[1]) So auch Lehmann, S. 127.

[2]) Eltzbacher S. 97.

Hinsichtlich der praktischen Seite unseres Ergebnisses läßt sich dieses in folgenden Satz fassen:

Ist an einen außervertraglichen Tatbestand die ausgleichende Rechtspflicht der Schadenersatzleistung geknüpft, so kann in den meisten Fällen der Verletzer vorbeugend auf Unterlassung der Wiederholung des zu Grunde liegenden rechtswidrigen Eingriffs klagen.

Wohl zu beachten ist dabei, daß es sich in diesem Satze nur um die praktische Konzequenz unseres obigen Ergebnisses handelt. Rechtlich ableiten läßt sich nur obiges Ergebnis, nicht dieser Satz; auch enthält er keine scharfe Umgrenzung der Erweiterung der Unterlassungsklage.

III. Die einzelnen Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage.

Nachdem wir im vorigen Kapitel die materielle Rechtsgrundlage für eine erweiterte Anwendung der vorbeugenden Unterlassungsklage besprochen haben und eine Lösung dieses hochaktuellen Problems gefunden zu haben glauben, die einerseits juristisch bedenkenfrei ist und einen Schritt weiter auf dem Wege der modernen Rechtsentwicklung des Persönlichkeitsrechts bedeutet, dessen Schöpfung und Anerkennung immer dringender wird, und andererseits der Anwendung der quasi negatorischen Klage einen Rahmen gibt, der allen Bedürfnissen Rechnung trägt, ohne indessen diesen Rahmen zu weit zu stecken, kommen wir nunmehr zur Prüfung der einzelnen Klagevoraussetzungen der actio quasi negatoria. Obwohl nun diese einzelnen Klagevoraussetzungen sich juristisch viel einfacher ergeben, als die materielle Rechtsgrundlage, die bei den geringen Anhaltspunkten im Gesetz nur durch eine großzügige juristische Konstruktion mit den vielen Nachteilen an Angriffsflächen, die eine solche bietet, ergibt, so hat gerade um diese Fragen der Kampf der Meinungen bis in die jüngste Zeit hinein besonders heftig getobt, nicht zuletzt deswegen, weil hier das Reichsgericht nicht mit derselben Konsequenz und logischen Schärfe vorgegangen ist, die wir ihm bei der materiellen Ausdehnung der vorbeugenden Unterlassungsklage, trotzdem wir

anders konstruieren, zubilligen müssen. Das Reichsgericht hat hier mehrfach geschwankt und noch in jüngster Zeit, wohl nicht ohne Berücksichtigung der zahlreichen Angriffe, die gegen einzelne seiner Gedankengänge erhoben worden sind, seinen Standpunkt grundlegend geändert, worauf wir im Laufe der Abhandlung noch zu sprechen kommen werden [1]). Durch diese Entscheidung dürfte aber die Entwicklung der Voraussetzungen der quasi negatoria zu einem gewissen Abschluß gekommen sein; deshalb ist der Zeitpunkt besonders günstig, eine Uebersicht über die durchaus interessante Entwicklung dieser Fragen und unabhängig davon eine kritische Prüfung derselben zu geben.

Wir sind im vorigen Kapitel zu dem Ergebnis einer weit ausdehnbaren analogen Anwendung der §§ 12, 862 1004 gekommen. Logischerweise müssen wir uns auch bei der Bestimmung der Klagevoraussetzung der quasi negatoria streng an die Voraussetzungen, die die §§ 12, 862, 1004 BGB. übereinstimmend aufstellen, halten. § 1004 Abs. 1 Satz 2 lautet in fast wörtlicher Uebereinstimmung mit § 12 Satz 2 und § 862 Abs. 1 Satz 2: „Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. „Hier brauchen wir nur anstatt „Eigentümer", ganz allgemein der „Verletzte" zu setzen, um die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen für die vorbeugende Unterlassungsklage und die Grundlage für die nun folgenden Erörterungen zu erhalten.

§ 1. Die erste Voraussetzung ist ein bereits abgeschlossener Eingriff in die Rechtssphäre des Verletzten.

§ 1004 BGB. gibt dann eine Unterlassungsklage, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Von weiteren Beeinträchtigungen kann man aber erst sprechen, wenn bereits eine abgeschlossene Störung vorliegt. Die vorbeugende Unterlassungsklage hat also eine bereits in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene Störung zur Voraussetzung. Diese Voraussetzung als solche bietet keine Schwierigkeiten, es ergeben sich jedoch Unzuträglichkeiten, wenn man den Begriff der abgeschlossenen

[1]) Urteil des RG. vom 15. II. 1927, mitget. JW. 1927, S. 1473.

Eingriffe zu eng auslegt. Soll derjenige, dem eine Verletzung angedroht wird und der so gut wie sicher mit der Verletzung rechnen muß, warten müssen, bis die Verletzung eingetreten ist, um dann erst gegen den Störer klagen zu können? Dies wäre mit dem Geist eines modernen und vernünftigen Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren. Und da die vorb. Unterlassungsklage in erster Linie einem modernen Rechtsbedürfnis abhelfen will, so ist sie zweckmäßig im Rahmen des juristisch Möglichen so zu entwickeln, daß sie ihren Zweck in der vernünftigsten Weise erfüllt.

Eine Möglichkeit, die oben erwähnten Unzuträglichkeiten zu vermeiden, ist nun dann vorhanden, wenn die ernstliche Androhung einer Verletzung bereits selbst eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt. Ebenso wie eine bloße turbatio verbis unter Umständen bereits eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 1004 sein kann, lassen sich auch beim Persönlichkeitsrecht Androhungen von Verletzungen denken, die das Persönlichkeitsrecht bereits verletzen. Diesen Gedanken hat auch Lesser[1]) aufgegriffen, doch hat er m. E. juristisch unscharf daraus den Schluß gezogen, daß die Androhung einer Verletzung schlechthin genüge, um die Unterlassungsklage zu gewähren. Diese Schlußfolgerung geht willkürlich über den Rahmen des § 1004 BGB. hinaus, denn nicht jede, wenn auch ernste Androhung einer Verletzung, ist bereits eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts. An dem Grundsatz des § 1004 ist jedoch festzuhalten, denn sonst fehlt eine gesetzliche Grundlage für die Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage und man hängt in der Luft. Das Erfordernis des abgeschlossenen Eingriffs kann aber nur dann als gegeben erachtet werden, wenn die Drohung mit einer Verletzung bereits eine wirkliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts ist, die Ausführung der Drohung demgemäß nur eine Auswirkung der bereits vorhandenen Verletzung sein würde.

Allgemeine Regeln dafür, wenn eine Drohung bereits Ver-

---

[1]) Lesser Arch. f. bürg. Recht Bd. 38 S. 102.

letzung in dem hier behandelten Sinne ist, lassen sich allerdings schwer aufstellen. Als Fingerzeig ist hier m. E. der von Oertmann in anderem Zusammenhang erwähnte Zustand der Unruhe und Unsicherheit, der durch die Androhung einer Verletzung hervorgerufen werden kann, von Bedeutung. Wird nämlich bei dem Betroffenen durch die Androhung einer Verletzung seines Persönlichkeitsrechts, unterstützt durch die gesamte Haltung und Handlungsweise des Drohenden ein auch nach allgemeinen Maßstäben, also objektiv gesehen berechtigter Zustand der Unruhe und Unsicherheit erzeugt, so wird man in den allermeisten Fällen bereits von einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts sprechen können. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt das Reichsgericht in neuerer Entscheidung[1]) in welcher es jedoch für die Frage, wann die Androhung schon die Verletzung selbst ist, die Umstände des einzelnen Falles maßgebend sein läßt. Im übrigen führt das Reichsgericht sachlich wohl unanfechtbar zu der Frage folgendes aus:

„Anderseits kann, wie nicht zu verkennen ist, auch schon die Drohung mit dem Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut (oder Recht) nach Umständen eine so erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen, daß darin ein widerrechtlicher Eingriff im Sinne des für die Gewährung der vorb. Unterlassungsklage zu erfordernden gefunden werden kann. Dies insbesondere dann, wenn die Bedrohung unter Umständen geschieht und von solchen Anstalten begleitet ist, daß der Anfang einer Ausführung schon in ernsthaften Vorbereitungen verwirklicht erscheint. Alsdann würde es eine praktisch nicht befriedigende und grundsätzlich nicht gebotene Einschränkung des vorbeugenden Rechtsschutzes darstellen, wollte man die Klage erst dann gewähren, wenn der drohende widerrechtliche Eingriff vollständig verwirklicht ist".

Auch für die vorbeugende Unterlassungsklage ist also an dem Erfordernis, daß ein abgeschlossener Eingriff vorliegen muß festzuhalten, jedoch unter Berücksichtigung des Umstandes,

---

[1]) RGZ. Bd. 101, S. 35.

daß die Drohung mit einem Eingriff unter Umständen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts sein kann.

§ 2. Die Wiederholungsgefahr.

Außer einem bereits abgeschlossenen rechtswidrigen Eingriff müssen gemäß der analog anzuwendenden Vorschrift § 1004 BGB. weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sein. Es muß also eine Gefahr der Wiederholung dieses Eingriffs bestehen, und zwar muß diese Wiederholungsgefahr, da es sich hier um eine notwendige Klagevoraussetzung handelt, noch z. Zt. des Urteilserlasses bestehen, weil das Urteil diesen Zeitpunkt des Rechtsstreites erfaßt [1]). Während nun die Erkenntnis dieser Klagevoraussetzung keinerlei Schwierigkeiten macht, ist es außerordentlich streitig, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Wiederholungsgefahr als gegeben und als bewiesen zu erachten ist, aus dem leicht erkennbaren Grunde, weil es sehr schwierig ist, bei der bunten Fülle des Lebens allgemeine theoretische Grundsätze für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr aufzustellen. Wir finden deshalb auch in einem verhältnismäßig kurzen Zeitabschnitt Entscheidungen unseres höchsten Gerichts, die sich in den Voraussetzungen für die Annahme einer Wiederholungsgefahr beinahe widersprechen. In den meisten Entscheidungen wird diese Frage auf den zur Entscheidung stehenden Fall zugeschnitten. Dies ist erklärlich, da das RG. keine Lehren aufzustellen, sondern einen konkreten Fall zu entscheiden hat. So heißt es in RG. Entscheidung Bd. 78, S. 213: „Erforderlich ist eine ernste Besorgnis, eine auf Tatsachen sich gründende Wahrscheinlichkeit der Wiederholung des Eingriffs . . . . Nach den Umständen, namentlich nach der Beschaffenheit des Eingriffes kann der Fall so liegen, daß sich daraus ohne besonderen (weiteren) Beweis des Klägers eine genügende Wahrscheinlichkeit der Wiederholung ergibt. „Hieraus ist zunächst ersichtlich, daß die Wiederholungsgefahr objektiv vorliegen und auf Tatsachen gestützt sein muß. Dem ist durchaus zuzustimmen. Diesen

---

[1]) Vergl. RGE. Bd. 84, S. 148.

Standpunkt scheint das Reichsgericht auch in RGE. Bd. 84, S. 147 zu vertreten. Wenn aber Rosenthal[1]) für den Nachweis der Wiederholungsgefahr den Leitsatz aufstellt: „Zum Nachweise der Wiederholungsgefahr reicht im Allgemeinen die Tatsache aus, daß ein widerrechtliches Verhalten vor Erhebung der Klage bereits verwirklicht worden ist. Hieraus ergibt sich die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung der Rechtsverletzung", so geht er darin zu weit. Denn weder rein logisch noch erfahrungsgemäß folgt „im allgemeinen" aus einem Eingriff die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung desselben. Vielmehr läßt sich diese Wahrscheinlichkeit gerade nur aus der Lagerung des einzelnen Falles ersehen. Schon dieser Versuch zeigt, daß es fast unmöglich ist, eine allgemeine Norm, außer der vorhin erwähnten, die das RG. in Bd. 78, S. 273 aufgestellt hat und die eigentlich konkrete Merkmale kaum enthält, aufzustellen. Es sind deshalb auch die in einzelnen anderen Reichsgerichtentscheidungen aufgestellten Erfordernisse unhaltbar. Vor allen Dingen der in der Entscheidung des VI. Senats vom 30. April 1913[2]) erforderte Nachweis „einer der Gewißheit sich nähernden Wahrscheinlichkeit der Wiederholung." Diesen erfordert das Reichsgericht deshalb, weil „der Mißbrauch der Unterlassungsklage gegen angeblich ehrverletzende oder schädigende Beurteilungen die Freiheit der Meinungsäußerung bedrohe." Abgesehen davon, daß häufig gerade das Gegenteil der Fall ist, und die Freiheit der Meinungsäußerung das Bedrohende ist, dürfte der Nachweis einer sich der Gewißheit nähern, den Wahrscheinlichkeit der Wiederholung nur in den seltensten Fällen zu erbringen sein. Ein solcher Grundsatz muß die sonst so gesunde und erfreuliche Entwicklung der vorbeugenden Unterlassungsklage völlig hemmen, denn wer kann unter diesen Umständen noch mit Aussicht auf Erfolg eine Unterlassungsklage anstrengen?[3])

In derselben Entscheidung erfordert das Reichsgericht außerdem von Kläger den Nachweis, „der Beklagte werde denselben

---

[1]) Rosenthal. IW. 1914, S. 1064.

[2]) Markenschutz und Wettbewerb Bd. 13, S. 24.

[3]) Derselben Ansicht: Rosenthal IW. 1914, S. 1067.

konkreten Sachverhalt mit den gleichen daran geknüpften Urteilen wiederholen" [1]). Es läßt sich doch sehr wohl denken, daß auch durch andere ähnliche Darstellungen eines Sachverhalts und ähnliche Urteile die Ehre oder Kredit des Verletzten genau in derselben Weise gefährdet wird. Solchen Eingriffen würde der Kläger dann schutzlos gegenüberstehen und erneut klagen müssen, sodaß die „vorbeugende" Unterlassungsklage ihren Zweck verfehlt hätte. Auch diese Bedingung ist unerfüllbar, weil ihr Nachweis nur in den seltensten Fällen zu erbringen sein wird. Es genügt doch auch vollkommen, daß die Wiederholung von Eingriffen derselben Art zu besorgen ist. Auch in diesem Falle kann der Urteilstenor klar und eindeutig genug sein, z. B. wenn er das Verbot enthält, zukünftig den Kläger mit Worten und Aeußerungen wie . . . zu beleidigen.

Diese gesteigerten Anforderungen an den Nachweis der Wiederholungsgefahr sind eine große Gefahr für die Entwicklung der vorbeugenden Unterlassungsklage, da sie deren Bedeutung naturgemäß sehr herabmindern. Andererseits zeigen diese Versuche, daß es ebenso verfehlt als auch fast unmöglich ist, genaue Kriterien für die Beantwortung der Frage, wann liegt eine Wiederholungsgefahr vor?, aufzustellen. Derartige Versuche laufen meist auf eine Ueberspannung der Anforderungen hinaus. Wir beschränken uns deshalb darauf, diesen Ansichten entgegenzutreten. Es muß der Beurteilung des Einzelfalles überlassen bleiben, ob die Wiederholung eines rechtswidrigen Eingriffes zu befürchten ist oder nicht. Wohl lassen sich einzelne Vermutungen für die Wahrscheinlichkeit der Wiederholungsgefahr aufstellen. So sieht z. B. Eltzbacher im Allgemeinen eine Wiederholungsgefahr dann als bestehend an, wenn die Einflüsse, deren Ergebnis die vorangegangene Beeinträchtigung gewesen ist, gegenwärtig noch fortwirken und keine neuen Gegeneinflüsse entkräftend wirken [2]). Dennoch ist dies kein sicheres Kriterium und es bleibt im wesentlichen Tatfrage, ob eine Wiederholungsgefahr besteht oder nicht.

[1]) Es handelt sich hier um eine Ehrverletzung.

[2]) Eltzbacher S. 186.

In Erkenntnis dieses Umstandes hat denn auch das RG. in neuerer Zeit die Anforderungen an den Nachweis der Wiederholungsgefahr wieder auf ein vernüftiges Maß herabgemindert [1]). Die oben angeführte Entscheidung des RG. Bd. 60, S. 6, in welcher eine ernste, auf Tatsachen sich gründende Besorgnis der Wiederholung gefordert wird, gibt der Prüfung des Einzelfalles einen durchaus brauchbaren Maßstab und einen allen Fällen gerecht werdenden Rahmen [2]).

Die Beweislast der Wiederholungsgefahr liegt bei dem Kläger, da die Wiederholungsgefahr zum Klaggrunde gehört. Allerdings ist dem Reichsgericht darin beizustimmen, daß es Fälle geben kann, in denen sich ohne weiteren Beweis des Klägers eine genügende Wahrscheinlichkeit der Wiederholung ergibt. Dann kehrt sich die Beweislast um, und der Beklagte hat „gegenweislich darzutun,daß gleichwohl neue Eingriffe ausgeschlossen sind". Es handelt sich hierbei nicht eigentlich um eine Umkehrung der Beweislast, sondern um einen Prima facie Beweis des Klägers, den der Beklagte entkräften muß.

§ 3. Rechtswidrigkeit und Verschulden.

Nur rechtswidrige Eingriffe können einen Unterlassungsanspruch begründen. Deshalb kann auch nur bei einem abgeschlossenen rechtswidrigen Eingriff und bei Besorgnis der Wiederholung dieses rechtswidrigen Eingriffs die quasi negatoria gegeben sein. Die Rechtswidrigkeit ist also eine notwendige Voraussetzung der vorbeugenden Unterlassungsklage.

Nicht aber gehört ein Verschulden des Beklagten zu den Klagevoraussetzungeu, der quasi negatoria. Da die vorbeugende Unterlassungsklage auf einer analogen Anwendung der in den §§ 12, 862, 1004 BGB. enthaltenen negatoria beruht, so müssen wir uns bei ihr auch streng an die in diesen Vorschriften enthaltenen Voraussetzungen halten. Ein Verschulden des Störers oder Verletzers wird in §§ 12, 862, 1004 BGB. nicht erfordert:

[1]) RGE. Bd. 96, S. 269.

[2]) Die bloße abstrakte Möglichkeit der Wiederholung reicht natürlich nicht aus RGE. Bd. 96. S. 269.

es genügt ein objektiv rechtswidriger Eingriff[1]). Damit ist auch für die vorbeugende Unterlassungsklage die Frage nach dem Verschulden des Störers gelöst: Verschulden des Eingriffs ist nicht Voraussetzung der quasi negatoria, es genügt ein objektiv rechtswidriger Eingriff. Auf demselben Standpunkt steht das Reichsgericht, welches, wie wir gesehen haben, die quasi negatoria zwar aus unerlaubter Handlung herleitet, die Klagevoraussetzungen aber den §§ 12, 862, 1004 entnimmt, dementsprechend also auch ein Verschulden nicht voraussetzt. Dies und nichts anderes ist der Sinn der Ausführungen in der RGE. Bd. 60 S. 7: „Der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht, berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind; das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage nicht in Betracht, ebensowenig die Wahrnehmung berechtigter Interessen".

Kommen wir also zu dem Ergebnis, daß zwar kein Verschulden, wohl aber ein rechtswidriger Eingriff erforderlich ist, so ist im Anschluß hieran die Frage zu erörtern, wie die Sache dann liegt, wenn aus irgend einem Grunde einer, im allgemeinen widerrechtlichen Handlung, diese Widerrechtlichkeit fehlt. Zu denken ist hier an die Wahrnehmung berechtigter Interessen bei der Beleidigung § 193 StGB. Zunächst ist festzustellen, daß nach herrschender, richtiger Ansicht eine Handlung, die in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgt ist, nicht rechtswidrig ist[2]). Nach der Reichsgerichtsentscheidung in Band 60 Seite 7, in welcher gesagt wird, daß ebensowenig wie ein Verschulden, die Wahrnehmung berechtigter Interessen in Betracht komme, konnte man der Ansicht sein, daß die quasi negatoria in derselben Weise gegen normalerweise rechtswidrige Eingriffe gegeben sein sollte, gleichgültig, ob diese in Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen sind oder nicht. Daß dies aber nicht die Ansicht

[1]) vergl. auch RGE. Bd. 51, S. 411, RGR Komm. § 1004, 4, Fuld, Sächs. Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 12, S. 260 ff.

[1]) So Frank § 193 I 2 u. viele Andere; RGE. Recht 1916, Nr. 441. Die von Lipmann und Kern vertretene andere Ansicht dürfte sich kaum halten lassen.

des Reichsgerichts war, zeigt eine spätere Entscheidung desselben[1]) (VI. Sen.) in der es heißt: „Unrichtig würde es sein, die Wahrnehmung berechtigter Interessen für den Unterlassungsanspruch schlechthin auszuschließen. Ist diese festgestellt, so fehlt es am Tatbestand der Beleidigung oder der Kreditgefährdung auch gegenständlich; das Handeln ist nicht rechtswidrig. „Diese Entscheidung ist vielfach so aufgefaßt worden, als ob das Reichsgericht bei Eingriffen, die in Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen sind, die vorbeugende Unterlassungsklage überhaupt ausschließen wollte, auch bei nachweisbarer Unrichtigkeit der ehr- und kreditgefährdenden Behauptung, so daß also gegen Aeußerungen, die in Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht worden sind, die quasi negatoria versagen würde[2]).

Beide Meinungen sind fehlerhaft. Zwar ist es richtig, daß eine kreditgefährdende Aeußerung, die in Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht worden ist, nicht rechtswidrig ist. Die Interessen hören aber auf, berechtigte zu sein, wenn nachgewiesen wird, daß die verletzenden Aeußerungen unwahr sind[3]). Ist dieser Nachweis erbracht, so wird eine kreditführende Aeußerung wieder rechtswidrig, obwohl sie ehedem der Wahrnehmung berechtigter Interessen diente und die Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage sind, wieder gegeben. Da nun der Kläger die klagebegründenden Tatsachen zu beweisen hat, wozu auch die Widerrechtlichkeit der ehrverletzenden oder kreditgefährdenden Behauptung gehört, so liegt ihm der Nachweis der Unwahrheit der, vom Beklagten in Wahrnehmung berechtigter Interessen gemachten Äußerungen ob, da hierdurch deren Widerrechtlichkeit wiederhergestellt wird. Während also sonst der Nachweis der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen von dem Beklagten gefordert wird (§ 181 St. G. B.), um die Widerrechtlichkeit auszuschließen, muß hier der Kläger die Unwahrheit der gegnerischen Aeußerung beweisen, um die

[1]) Recht 1916 Nr. 141.

[2]) vergl. die Angriffe Rosenthal's a. a. O. S. 18, 19 und Lehmann, JW. 1919, S. 722.

[3]) Ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung von Tatsachen, deren Unwahrheit dem Mitteilenden bekannt ist; kann überhaupt nicht angenommen werden; vergl. RGE. Komm. § 824, Anm. 8.

Rechtswidrigkeit wieder herzustellen[1]). Die Wahrnehmung berechtigter Interessen bewirkt also eine Umkehr der Beweislast in Ansehung der Richtigkeit der ehr- und kreditgefährdenden Behauptungen.

In diesem Sinne hat denn auch das Reichsgericht in neuerer Zeit entschieden[2]) und damit eine Lösung der Frage gefunden, die ebenso zweckmäßig und billig, als logisch richtig ist und diese frühere Streitfrage für immer beseitigt haben dürfte.

§ 4. Das Rechtsschutzbedürfnis.

(Insbesondere in dem Falle, wo der rechtswidrige Eingriff durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist).

Während in den ersten grundlegenden Entscheidungen (RGE. Bd. 48, S. 118, Bd. 69, S. 6 usw.) das Reichsgericht eine breite, materiellrechtliche Grundlage für die vorbeugende Unterlassungsklage geschaffen hatte, ging es bald dazu über, durch die Forderung des Nachweises eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses den Umfang und die Bedeutung der quasi negatoria ganz gewaltig einzuschränken. Dies ist als Reaktion gegen den im vorigen Kapitel erörterten, überaus breiten materiellrechtlichen Rahmen, den das Reichsgericht der vorbeugenden Unterlassungsklage zugrunde gelegt hat, und der völlig konsequent durchgeführt, über ein vernünftiges Maß hinausgeht, verständlich. Diese Einschränkung würde sich aber erübrigt haben, wenn die materielle Rechtsgrundlage richtig entwickelt und in den richtigen Grenzen gehalten worden wäre. So heißt es in RGE. Bd. 77, S. 222: „Die Urteile in den Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 48 S. 114 (S. 119 Bd. 51, S. 369 (375) und Bd. 60, S. 6 haben das „Rechtsschutzbedürfnis" als Maßstab für die Zulassung der Unterlassungsklage aufgestellt und in dem Urteil Bd. 71 S. 85 ist eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischer Handlungen deshalb abgewiesen worden, weil eine Klage auf Unterlassung dann zu versagen sei, wenn das öffentliche Recht einer zivilrechtlichen Verfolgung entgegen stehe[3]). Der rechtliche

[1]) Zustimmend Lehmann, JW. 1919, S. 722.

[2]) Urteil des VI. Sen. v. 12. V. 1919 JW. 1919, S. 721.

[3]) Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß nach unsern früheren Ausführungen im Falle der RGE. Bd. 71, S. 85 eine Unterlassungsklage nicht gegeben ist.

Gesichtspunkt dieser Entscheidung trifft aber im allgemeinen überall zu, wo die Handlung auf deren Unterlassung im Wege des Civilprozesses geklagt wird, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist. Wo die Wiederholung einer Handlung als gesetzlich verboten bereits mit öffentlicher Strafe bedroht ist, ist für eine weitere civilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum". [1]). Während in dieser Entscheidung offengelassen ist, ob dieser Grundsatz auch dann gelten soll, wenn die „Strafverfolgung der Willkür der verletzten Person anheimgegeben ist", also bei der Privatklage, verneint derselbe (VI) Ziv. Senat in der Entscheidung Bd. 82, S. 59 (S. 62) die Anwendung der Unterlassungsklage auch für diesen Fall. Er kompensiert hier aber gewissermaßen die Einschränkung, indem er trotz vorliegender Strafrechtsnorm die quasi negatoria dann gewährt, wenn noch ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis des Klägers im einzelnen Falle dargetan wird. Es mag gleich hier betont sein, daß dieses besondere Rechtsschutzbedürfnis in den allermeisten Fällen so schwer nachzuweisen sein wird, daß diese, vom Reichsgericht offen gelassene Hintertür, wertlos ist. In der Praxis war nach dieser Entscheidung die Rechtslage die, daß die vorbeugende Unterlassungsklage dann versagte, wenn der Eingriff, gegen den sie sich richtete, mit einer öffentlichen Strafe bedroht war [2]).

Diese Stellungnahme des Reichsgerichts ist in der Literatur aufs heftigste bekämpft und fast einmütig abgelehnt worden [3]). Es bedarf nur eines Hinweises darauf, daß die aktuellsten Eingriffe, wie Beleidigung und Kreditgefährdung, die den bei weitem größten Teil der Unterlassungsklage hervorrufen, unter Strafe

[1]) In diesem Sinne auch Lau in Gruchot Bd. 47, S. 497.

[2]) An der Voraussetzung halten alle späteren Entscheidungen fest bis in die neueste Zeit. vergl. RGE. 88, Bd. 130, Bd. 91 S. 267, Bd. 98, S. 36.

[3]) So Delius JW. 1913, S. 6; Teich JW. 1914, S. 612, Weinmann JW. 1914, S. 1007, Schmitt JW. 1913, S. 669; Rosenthal JW. 14 S. 1059; 1918, S. 133, 1919, S. 142, 1920, S. 245; Ulrich-Iher. Jahrb. Bd. 64, S. 255; Salinger, Leipziger Ztg. f. d. Recht 1919, S. 1856; Lehmann JW. 1919 S. 722 . . . . . . a. A. Neukamp JW. 1915, S. 113. Festschrift für Zitelmann.

gestellt sind, also die quasi negatoria nach der oben dargelegten Ansicht versagen würde, um zu zeigen, daß durch eine derartige Handhabung der vorbeugenden Unterlassungsklage diese so gut wie wertlos wird. In Erkennung dieses Umstandes hat das Reichsgericht denn auch den wirklich überzeugenden Gegenargumenten nachgegeben und seinen Standpunkt in allerjüngster Zeit grundsätzlich geändert [1]), ein Umschwung, auf dessen grundlegende Bedeutung nicht genügend hingewiesen werden kann.

Wir wollen im Folgenden darlegen, inwiefern der frühere Standpunkt des RG. anfechtbar und unhaltbar war.

Zunächst wird durch den Umstand, daß eine Handlungsweise mit einer öffentlichen Strafe bedroht ist, begrifflich eine Strafverhängung nach § 890 ZPO., die ihren Rechtsgrund im Zivilrecht hat, nicht ausgeschlossen und der Grundsatz ne bis in idem durch eine Strafverhängung nach § 890 ZPO. in keiner Weise verletzt. Nirgends ist im Gesetz ausgesprochen, daß, wenn wegen einer rechtswidrigen Handlung die Möglichkeit besteht, daß die öffentlich rechtlichen Organe, hauptsächlich also der Staat, auf Grund einer öffentlich rechtlichen Norm einschreiten können, man auf privatrechtliche Rechtsverfolgung verzichten muß. So kann z. B. eine Sachbeschädigung strafrechtlich gesühnt werden, und gleichzeitig kann bei Besorgung künftiger Sachbeschädigung der Eigentümer der Sache auf Grund des § 1004 BGB. gegen den Schädiger auf Unterlassung klagen. Dies ist unbestritten und zeigt schon, daß zwischen der öffentlichen Strafe und der privaten, (d. h im Privatrecht wurzelnden) Strafandrohung nach § 890 ZPO. ein Unterschied bestehen muß [2]). Zwar handelt es sich in beiden Fällen um eine wirkliche Strafe und auch die Zivilstrafe des § 890 unterliegt strafrechtlichen Grundsätzen. Aber dennoch ist der Zweck und das Wesen der Zivilstrafe des § 890 ZPO. ein ganz anderer, als der der öffentlichen Strafe. Die letztere ist zunächst Sühne und hat den Zweck, u. a. den Bestraften zu bessern und die Gesellschaft in ihrer Allgemeinheit zu schützen. Der Maßstab für die

[1]) BGE. JW, 1927, S. 1473.

[2]) vergl. Weinmann JS. 1914 S. 1009/10.

Höhe der Strafe ist die Schuld und der verbrecherische Wille des Täters. Einen ganz anderen Zweck hat die Strafe des § 890 ZPO. lediglich auf diesen Zweck zugeschnitten. Maßgebend für die Höhe dieser Strafe ist daher nicht die Schuld des Täters, die hier gar nicht in Frage kommt, sondern nur die Stärke der Wiederholungsgefahr, unabhängig oder besser gesagt, wenigstens begrifflich unabhängig von der Größe des zu befürchtenden Schadens, also ähnlich wie bei der Notwehr, wo die Stärke des Angriffs unabhängig vom Werte der gefährdeten Sache für die Stärke der zulässigen Verteidigung maßgebend ist. (In der Praxis wird vernünftigerweise die Höhe des zu erwartenden Schadens trotzdem mitspielen). So kann es vorkommen, daß eine rechtswidrige Handlung nur mit einer geringen öffentlichen Strafe bedroht wird, während im Falle einer zu befürchtenden Wiederholung dieses Eingriffs auf privatrechtlichem Wege nach § 890 ZPO. eine bedeutend höhere Strafe angedroht wird. Das ist nicht etwa ein Unding, wie Neukamp ausführt[1]). Neukamp kommt zu dieser Ansicht, weil er den Fehler macht, die öffentlich-rechtliche Strafe der privatrechtlichen Strafandrohung überzuordnen. Er hält es demgemäß für unmöglich, daß jemand auf privatrechtlicher Grundlage höher bestraft wird als auf Grund eines öffentlichen Strafverfahrens. In Wirklichkeit stehen sich öffentlich-rechtliche Strafe und privatrechtliche Strafandrohung völlig gleichberechtigt und unabhängig voneinander gegenüber, da sie, wie oben dargelegt, verschiedene Zwecke verfolgen. Eine Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem kommt also nicht in Frage.

Dies ist die einzige Rechtsfrage, die hier zu erörtern ist; alle anderen Gründe für und wider die Zulassung der vorbeugenden Unterlassungsklage trotz öffentlich-rechtlicher Strafandrohung sind Zweckmäßigkeitsgründe. Stellt man sich auf den Standpunkt, den das Reichsgericht in RGE. Bd. 77., S. 218 vertritt, so kommt man zu dem unzweckmäßigen Ergebnis, das der Zivilrichter bei der Prüfung der Voraussetzung der quasi negatoria entscheiden muß, ob der rechtswidrige Eingriff, der den Anlaß

[1]) Neukamp, JW. 1915, S. 113 ff.

zu der Klage gegeben hat, unter eine Strafrechtsnorm fällt. Kommt er hier zu einem bejahendem Ergebnis und damit zur Abweisung der Klage, so ist der Fall denkbar, daß der Strafrichter, da er an die Feststellung des Zivilrichters nicht gebunden ist, trotzdem aus irgendeinem Grunde zu einer Freisprechung gelangt und der Kläger nunmehr völlig schutzlos dasteht. Ein solcher Fall könnte nicht dazu beitragen, das Ansehen unserer Rechtspflege zu stärken.

Fernerhin beweist gerade die Tatsache, daß trotz des Vorhandenseins von Strafgesetzen immer wieder strafbare Handlungen geschehen und sogar deren Wiederholung zu befürchten ist, daß das betreffende Strafgesetz dem Verletzten keinen ausreichenden Schutz verschafft und daß also auch in diesen Fällen ein „Rechtsschutzbedürfnis" des Verletzten gegeben ist.

Außerdem ist der Weg der strafrechtlichen Verfolgung des Verletzenden äußerst langwierig. Zwischen Anzeige und Verurteilung vergeht meist eine große Zeitspanne und dann besteht nach erfolgter Anzeige immer noch die völlige Ungewißheit, ob der Beschuldigte nun auch bestraft und nicht aus irgendeinem Grunde freigesprochen wird. Während dieser Zeit steht der Verletzte schutzlos da und ist einer Wiederholung der Eingriffe des Anderen ausgesetzt, ohne daß er sich dagegen wehren kann, was für ihn z. B. bei Verbreitung von kreditgefährdenden Behauptungen in kurzer Zeit verhängnisvoll werden kann. Hier ist die Strafandrohung und Strafverhängung nach § 890 ZPO. ein schnellwirkendes und schnell zu erreichendes Schutzmittel. Man denke nur an die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch welche schon vor dem Erlaß des Urteils dem Gegner für die Wiederholung eines Eingriffs eine Strafe angedroht wird. Tritt der Wiederholungsfall ein, so ist es für den Verletzten sehr einfach, die Verhängung der angedrohten Strafe zu erwirken. Er hat lediglich die erneute Vornahme des verbotenen rechtswidrigen Eingriffs seitens des Gegners zu beweisen.

Diese wenigen Gründe zeigen schon deutlich genug, daß auch gegen solche Eingriffe, die mit öffentlicher Strafe bedroht

sind, die zivilrechtliche Unterlassungsklage geradezu ein dringendes Bedürfnis ist. Wenn Neukamp[1]) als Hauptargument gegen diese Meinung ausführt, daß diese zu Widersinnigkeiten führe, wie z. B. bei der Anstrengung einer Unterlassungsklage gegen die Wiederholung eines Mordversuchs, so ist Rosenthal[2]) darin beizustimmen, daß in einem solchen Falle die Wiederholungsgefahr sich kaum nachweisen lassen wird; auch wird niemand auf den Gedanken kommen, eine solche Klage anzustrengen, die allerdings ein „juristisches Monstrum" darstellen würde, ebensowenig wie jemand einen großen Geldbetrag in vielen kleinen Teilen einklagen wird, was ebenfalls juristisch möglich ist[2]). Dieses Beispiel ist nur geeignet zu zeigen, daß Strafgesetz und Strafandrohung nach § 890 ZPO. völlig verschiedene Wege gehen. Daß Haft- und Geldstrafe keine Mittel sind, um einen Mordversuch zu verhindern, ist ebenso einleuchtend, wie der Umstand, daß §§ 185 ff. StGB. kein genügend wirksames Mittel sind, um Beleidigungen oder Kreditgefährdungen und deren Wiederholung zu verhindern.

Es mag bei dieser kurzen Skizzierung des vorliegenden Problems bewenden, da es nach der neusten Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht mehr aktuell ist. Das Reichsgericht hat sich den oben angeführten Gründen auf die Dauer nicht verschließen können. Nach der neuesten Entscheidung vom 15. Februar 1927[3]) gewährt es deshalb die Unterlassungsklage auch dann, wenn der, der Klage zu Grunde liegende rechtswidrige Eingriff, unter eine Strafrechtsnorm fällt. In dieser Entscheidung führt das Reichsgericht aus: „Es liegt kein Grund vor, die durch die Rechtsprechung geschaffene quasi negatorische Abwehrklage an andere Voraussetzungen zu knüpfen, als die Negatorienklage und die sonstigen Klagen, die einen Unterlassungsanspruch gegenüber zu befürchtenden weiteren Eingriffen ausdrücklich gewähren. In all diesen Fällen hat das Gesetz eine besondere Abwehrklage auf Unterlassung zu besorgender weiterer Beeinträchtigungen ohne

[1]) Neukamp, JW. 1915, S. 113 ff.

[2]) Rosenthal. JW. 1919, S. 142.

[3]) JW. 1927, S. 1473.

besondere Einschränkung auf den Fall fehlenden strafrechtlichen Schutzes für erforderlich gehalten, obwohl vielfach gleichzeitig die betreffenden widerrechtlichen Eingriffe auch unter Strafe gestellt sind. Grundsätzliche allgemeine Bedenken bestehen also nicht, die Unterlassungsklage auch gegen die Wiederholung solcher Handlungen zuzulassen, die zugleich mit krimineller Strafe bedroht sind. Besteht doch auch sonst im Recht nirgends der Zwang, eine Sühne für begangenes Unrecht auf strafrechtlichem Wege suchen zu müssen, während sie mit den Mitteln des Zivilprozesses erreichbar ist. . . . . Der strafrechtliche Schutz hat regelmäßig die Bedeutung, zur Verstärkung der sonst zum Schutze von Rechtsgütern gegen Eingriffe vorhandenen Rechtsbehelfe zu dienen. . . . . Dient daher das Strafgesetz regelmäßig der Verstärkung des Rechtsschutzes, so will es dem Verletzten doch nicht die anderen, ihm zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe nehmen. Das Nebeneinanderbestehen von Strafdrohung und Unterlassungsklage in den von dem Gesetz besonders geregelten Fällen zeigt vielmehr, daß auch für die durch die Rechtsprechung zugelassene Unterlassungsklage das Rechtsschutzbedürfnis nicht deswegen verneint werden kann, weil schon ein strafrechtlicher Schutz gegen die Handlungen, deren Unterlassung begehrt wird, besteht. Daß die Strafdrohung ihren allgemeinen Verhütungszweck nicht erfüllt hat, zeigt die konkrete Zuwiderhandlung. Der strafrechtliche Schutz hat sich daher schon als unzureichend erwiesen."

Weiterhin führt das Reichsgericht zur Begründung seines neuen Standpunktes aus, daß die quasi negatorische Klage einen schnell wirkenden und schnell erreichbaren Schutz gewährt (man denke an die einstweilige Verfügung) und an die einfachen Voraussetzungen des äußeren Tatbestandes und der Wiederholungsgefahr geknüpft ist, während die Wirkung der kriminellen Strafe erst nach Rechtskräftigkeit des Urteils eintritt, also meist nach ziemlich langer Zeit, und daß ferner das Strafverfahren nur Erfolg haben kann, wenn dem Täter Verschulden nachgewiesen wird und ihm kein Strafausschließungsgrund zur Seite steht.

Dies sind die Zweckmäßigkeitsgründe, die wir schon oben

kurz erwähnten und die schon seit langer Zeit in der Literatur[1]) gegen den früheren Standpunkt des RG. geltend gemacht wurden.

Das Reichsgericht begründet in dieser Entscheidung seinen neuen, allein richtigen Standpunkt so klar und zwingend, daß sich jeder weitere Kommentar zu dieser Entscheidung erübrigt. Man fragt sich mit Recht, wie angesichts so zwingender Gründe das Reichsgericht auf seinem, in RGZ. Bd. 77, S. 277 entwickelten Standpunkt so lange beharren konnte. Diese neue Entscheidung ist von größter, weittragender Bedeutung. Da die häufigsten Eingriffe, die erfahrungsgemäß Anlaß zur Anstrengung der vorbeugenden Unterlassungsklage geben, wie Beleidigungen, Ehrabschneidung, Kreditgefährdung usw. meist den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen, kann erst jetzt, nachdem dies kein Hindernis mehr ist, die Unterlassungsklage zur völligen Auswirkung kommen und einen Rechtsschutz großen Stils darstellen. Im anderen Falle hätte die quasi negatoria der Bedeutungslosigkeit anheimfallen müssen.

Mit diesem neuen Urteil dürfte der unrühmlichste Streit in der Entwickelungsgeschichte der Unterlassungsklage die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis für den Fall, daß der rechtswidrige Eingriff unter ein Strafgesetz fällt, entgültig in einer durchaus zufriedenstellenden Weise beendet sein.

Ist nun schon für die hier behandelte Frage die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis gegenstandslos geworden, so wäre es wünschenswert, überhaupt den Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses aus den Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage zu entfernen. Es handelt sich hier um einen dehnbaren, unbestimmten Begriff, der in erhöhtem Maße von der subjektiven Ansicht des Richters abhängig sein muß. Ist er wirtschaftlicher Natur, persönlicher Natur oder welcher Natur? Es bedarf keines besonderen Nachweises, daß eine allgemeine Formel und allgemeine Kriterien für die Beantwortung der Frage, wann ein „besonderes Rechtsschutzbedürfnis" vorliegt, nicht auf-

---

[1]) vergl. die früher zitierte Lit. in der fast übereinstimmend dieselben Gründe vorgebracht werden, sodaß sich ein Eingehen auf einzelne Schriftsteller erübrigt.

zustellen sind. Es bleibt also alles dem Einzelfall überlassen. Solche unbestimmten Begriffe sind aber im Interesse der Rechtssicherheit und einer klaren, übersichtlichen Rechtspflege zu vermeiden. Die Voraussetzung eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses läßt sich auch vermeiden. Wird die materiellrechtliche Grundlage der vorbeugenden Unterlassungsklage in richtiger Weise entwickelt und so formuliert, daß die Ausdehnung dieser Klage den richtigen Rahmen enthält, wie wir es im ersten Teil unserer Arbeit versucht haben, und ist danach gegen einen rechtswidrigen Eingriff ein Unterlassungsanspruch begründet, so sind die prozessualen Voraussetzungen in strenger Analogie nach § 1004 BGB.: 1. Ein bereits getätigter rechtswidriger Eingriff und 2. die Wiederholungsgefahr. Von einem besonderen Rechtsschutzbedürfnis ist in den §§ 12, 862, 1004 BGB. keine Rede und zwar deshalb, weil das Rechtsschutzbedürfnis eo ipso vorliegt. Die §§ 12, 862, 1004 BGB. wollen ja gerade diesem Rechtsschutzbedürfnis abhelfen. Genau so ist nach unserer Konstruktion bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts, des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und bei unsittlichen Schadenszufügungen im Sinne des § 826 BGB. stets ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben, dem die Unterlassungsklage abhelfen soll. Der Zweck, den das Reichsgericht mit der Voraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses für die quasi negatoria erreichen will, ist der, seine zu weit und unbestimmt gehaltene und entwickelte materielle Rechtsgrundlage durch verschärfte Prozeßvoraussetzungen wenigstens in der praktischen Auswirkung auf das richtige Maß zurückzuschrauben. Es ist streng juristisch genommen kein exaktes Verfahren, den Mangel einer genau umgrenzten materiellen Rechtsgrundlage durch prozeßrechtliche Mittel auszugleichen. Die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis ist aber materiell rechtlicher Art. Denn, ist die quasi negatoria richtig in dem aus dem Gesetz zu entnehmenden Rahmen entwickelt wie wir es versucht haben, so ist das Rechtsschutzbedürfnis immer dann vorhanden, wenn der materielle Unterlassungsanspruch besteht; d. h. die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis ist gegenstandslos. Es läßt sich daher bei richtiger materiell-rechtlicher Entwicklung der Unterlassungsklage, der im Rg. Bd. 77, S. 217 vom Reichs-

gericht geforderte Nachweis eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses völlig vermeiden, was in Anbetracht der Unbestimmtheit dieses Begriffes höchst wünschenswert ist und eine zweckentsprechendere, leichtere Handhabung der vorbeugenden Unterlassungsklage ermöglicht.

Andererseits ist der Umstand, daß nach unserer Konstruktion der vorbeugenden Unterlassungsklage der Nachweis eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses überflüssig ist, ein Beweis dafür, daß diese sich im richtigen Rahmen hält und keines Bremsklotzes bedarf.

Es bewendet mithin für die hier entwickelte vorbeugende Unterlassungsklage bei den in den vorigen §§ behandelten Prozeßvoraussetzungen.

IV.

§ 1. Die Durchsetzung des Unterlassungsurteils.

Die Durchsetzung eines auf Unterlassung gehenden Urteils geschieht nach § 890 ZPO. Danach ist das Mittel, die Unterlassung zu bewirken, die Androhung einer Strafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung. § 890 ZPO. bestimmt als solche Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten. Der Gesamtbetrag der Haftstrafen, die auf Grund eines auf Unterlassung gehenden Urteils verhängt werden können, darf zwei Jahre nicht übersteigen. Aus der Fassung des § 890 Abs. 1 ZPO: „Geldstrafe oder zur Strafe der Haft" ergibt sich, daß nur die eine oder die andere Strafart verhängt werden kann, nicht beide gleichzeitig. Die Verhängung der Strafe geschieht nur auf Antrag des Gläubigers und zwar durch Beschluß. Ausschließend zuständig ist das Prozeßgericht erster Instanz. Die Festsetzung der Strafe kann nur erfolgen, wenn die Strafe für die Zuwiderhandlung vorher angedroht war. Meistens wird dies in dem Urteil geschehen, welches die Unterlassungspflicht ausspricht. Ist dies nicht der Fall, so geschieht die Androhung auf Antrag des Gläubigers durch Beschluß des Prozeßgerichts I. Instanz. Eine bestimmte Art und Höhe der Strafe braucht nicht angedroht zu werden. Der Hinweis auf

den Strafrahmen genügt. Wird trotzdem eine bestimmte Strafe angedroht, so gilt diese als höchste verhängbare Strafe [1]). Ferner kann der Schuldner gemäß § 890 Abs. 3 ZPO. auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden verurteilt werden. Allerdings nur für eine bestimmte Zeit. Aus dem Wortlaut: „fernere Zuwiderhandlungen" folgt, daß der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht schon in dem auf Unterlassung erkennenden Urteil, sondern frühestens bei der 1. Straffestsetzung verurteilt werden kann. Die Entscheidung über die Verhängung der Strafen erfolgt nach § 891 ZPO. ohne mündliche Verhandlung, nur ist der Schuldner vorher zu hören. Die Umwandlung nicht beitreibbarer Geldstrafen in Haftstrafen ist mangels besonderer Vorschriften nicht zulässig.

§ 2. Die vorbeugende Unterlassungsklage ist eine Leistungsklage.

Es kann auf den ersten Blick hin zweifelhaft sein, ob die vorbeugende Unterlassungsklage eine Leistungsklage oder eine Feststellungsklage ist, da sie nicht auf eine sichtbare äußere Handlung geht, wie die übrigen Leistungsklagen, sondern auf ein Nichttun. Dazu kommt, daß durch die Vollstreckungsmittel des § 890 ZPO., nämlich die Verhängung einer Haft- oder Geldstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung, diese nicht mit Sicherheit verhindert werden kann. Es kann vielmehr durch die Strafe nur ein moralischer Druck auf den Verurteilten hinsichtlich der Unterlassung ausgeübt und die erfolgte Zuwiderhandlung gesühnt werden. Andere Mittel der Zwangsvollstreckung gibt es nicht und kann es auch nicht geben. Aus diesen Umständen schließen Hölder und Wach [2]), daß die vorbeugende Unterlassungsklage eine Feststellungsklage sei. Wach begründet seinen Standpunkt dahingehend, daß durch die Unterlassungsklage nicht ein Anspruch, sondern die Unterlassungspflicht als solche festgestellt werde. Auch diene die Strafe des § 890 ZPO. nicht der Durchsetzung der

[1]) vergl. dazu Stein-Jonas ZPO. § 890 I S.

[2]) Hölder, Arch. f. d. ziv. Praxis Bd. 93, S. 34 ff. Wach, Feststellungsklage S. 41.

Unterlassungspflicht, sondern ahnde die Uebertretung; die Strafe werde ja gar nicht dem Kläger geschuldet.

Diese Gründe sind nicht überzeugend. Die Strafe des § 890 ZPO. dient sehr wohl der Durchsetzung der Unterlassungspflicht. Daß diese Durchsetzung nur dadurch und nur soweit geschehen kann, daß die Uebertretung geahndet wird, liegt an der Eigentümlichkeit der Unterlassung, bei welcher weder körperlicher Zwang noch Ersatzvornahme usw., überhaupt jede unmittelbare Zwangsvollstreckung unmöglich ist. Wird deshalb als einziges Mittel die Zuwiderhandlung bestraft, so dient dies ersichtlicherweise nur dazu, diese zu verhindern, also die Unterlassung durchzusetzen. Die Strafandrohung des § 890 ZPO. ist also Zwangsvollstreckungsmittel. Daraus ergibt sich bereits, daß die Unterlassungsklage keine Feststellungsklage sein kann, denn durch ein Urteil, welches auf eine Feststellungsklage ergeht, wird lediglich eine Rechtslage festgestellt. Die Vollstreckung eines solchen Urteils ist begrifflich unmöglich, da ein solches Urteil der Zwangsvollstreckung nicht bedarf.

Auch ist es nicht richtig, daß bei der Unterlassungsklage lediglich die Unterlassungspflicht festgestellt wird. Vielmehr gründet sich die Klage auf einen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch, und sie kann nur dann Erfolg haben, wenn dieser materielle Anspruch gegeben ist. Dies ist aber gerade das Wesen der Leistungsklage, welche sich nur auf einen Leistungsanspruch stützen läßt. Da nun Leistungen nach § 241 BGB. auch in einem Unterlassen bestehen kann, so ergibt sich, daß die vorbeugende Unterlassungsklage eine Leistungsklage ist, welche auf die „Leistungen" der Unterlassung geht [1]).

[1]) So auch die herrschende Meinung: vergl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 381 ff. Eltzbacher S. 196, 212; Weismann, Feststellungsklage S. 133. RGE. 45, S. 61 u. JW. 1905, S. 177.

Lebenslauf.

Ich, Kurt Neumann, bin am 20. Juni 1904 zu Krefeld als Sohn des Prokuristen Max Neumann geboren worden. Ich habe von Ostern 1910 bis 1913 die Vorschule der Oberrealschule zu Krefeld und anschließend daran die Oberrealschule zu Krefeld besucht und Ostern 1922 die Reifeprüfung dort selbst abgelegt. Im Mai 1922 bin ich als Lehrling bei der Essener Kreditanstalt Krefeld eingetreten und habe eine einjährige Lehrzeit durchgemacht. Seit dem Sommer-Semester 1923 habe ich das Studium der Rechtswissenschaft betrieben und nacheinander die Universitäten Rostock, Marburg, München und Bonn besucht. Am 23. Dezember 1926 habe ich am Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung bestanden und bin seit dem 17. Januar 1927 als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf tätig und augenblicklich am Amtsgericht Krefeld beschäftigt.